

**Recherche des principes généraux
régissant l'Évolution contemporaine
du formalisme des Actes juridiques
(Droit Civil et Droit Commercial)**

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

dans la Salle des Actes de la Faculté de Droit

le Samedi 16 Juin 1934, à 10 heures 30

PAR

Raoul ROUXEL

Lauréat de la Faculté de Droit

MEMBRES DU JURY

Président : M. LEMONNIER, Professeur

Suffragants : { M. PRUDHOMME, Professeur.
M. PERCEROU, Agrégé.

CHERBOURG

A. PÉRIGAULT, Imprimeur-éditeur

76 BIS, RUE EMMANUEL-LIAIS

1934

THÈSE
POUR LE DOCTORAT EN DROIT

**Recherche des principes généraux
régissant l'Évolution contemporaine
du formalisme des Actes juridiques
(Droit Civil et Droit Commercial)**

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

dans la Salle des Actes de la Faculté de Droit

le Samedi 16 Juin 1934, à 10 heures 30

PAR

Raoul ROUXEL

Lauréat de la Faculté de Droit

MEMBRES DU JURY

Président : M. LEMONNIER, Professeur

Suffragants : { M. PRUDHOMME, Professeur.
M. PERCEROU, Agrégé.

CHERBOURG

A. PÉRIGAULT, Imprimeur-éditeur

76 BIS, RUE EMMANUEL-LIAIS

1934

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

Année scolaire 1933-1934

DOYEN :

M. Henry NÉZARD (*, I. ㊦)

DOYEN HONORAIRE :

M. Eustache PILON (*, I. ㊦)

ASSESSEUR DU DOYEN :

M. GOMBEAUX (I. ㊦)

PROFESSEURS HONORAIRES :

MM. CABOUAT (O. *, I. ㊦)

DEGOIS (I. ㊦)

PROFESSEURS :

MM. NÉZARD (*, I. ㊦), *Professeur de Droit administratif*, chargé du cours de *Législation minière*.

GOMBEAUX (I. ㊦), *Professeur de Droit civil*, chargé du cours de *Droit international privé*.

BRIDREY (I. ㊦), *Professeur de Droit romain*, chargé du cours d'*Histoire du Droit public*.

NOYELLE (I. ㊦), *Professeur d'Economie politique*.

LEMONNIER (A. ) , Professeur de Droit civil, chargé du cours de Législation industrielle.

PERREAU (A. ) , Professeur de Droit criminel, chargé du cours de Droit maritime.

LAMPUÉ, Professeur de Droit international public et de Droit constitutionnel, chargé du cours de Droit administratif.

YVER, Professeur d'Histoire du Droit français et d'Histoire du Droit privé.

PRUDHOMME, Professeur de Procédure civile et de Voies d'exécution.

FRÉJAVILLE, Professeur de Droit civil, chargé du Cours de Notariat et Enregistrement.

BESNIER, Professeur, chargé d'un cours de Droit romain et du cours d'Histoire de la Coutume de Normandie.

LEDUC, Agrégé, chargé d'un cours d'Economie politique, du cours d'Histoire des Doctrines économiques et du cours de Législation financière.

PERCEROU, Agrégé, chargé du cours de Droit commercial.

SECRETAIRE :

M. ROUX (I. , , ) , Secrétaire des Facultés de l'Université de Caen.

Dans une chronique au Dalloz de 1932, M. Josserand écrivait : « La répudiation progressive du formalisme est assurément une des caractéristiques maîtresses du Droit moderne et surtout du Droit contemporain : l'histoire des formes des actes juridiques se ramène à une abolition continue » (1). Ce jugement était tempéré par le même auteur dans une autre chronique plus récente et, dans ce second article, M. Josserand constatait que la jurisprudence se référant au formalisme des actes juridiques présentait un double courant : « Tantôt nos tribunaux réagissent contre le formalisme et tantôt ils le créent ou ils l'aggravent en sorte que leur œuvre est parfois de « désolennisation » et parfois à l'inverse de « solennisation » (2).

A la suite de ces deux chroniques, il est permis et intéressant de se demander ce qu'est devenu le formalisme dans les acte juridiques du Droit privé contemporain. Est-ce que le formalisme, après une histoire mouvementée, survit de nos jours, et sous quelles formes se présente-t-il ? Peut-on indiquer des principes ou plutôt des tendances régissant l'évolution actuelle de ce formalisme ? Le présent ouvrage a pour but de jeter quelques lumières sur ces divers points.

Mais, avant d'examiner les matériaux dans lesquels nous espérons découvrir les éléments nous permettant d'échafauder des réponses à ces questions, nous croyons nécessaire de rappeler et de condenser quelques notions générales sur le formalisme. Ces notions générales formeront une introduction à notre étude.

(1) D. H. 1932, p. 73.

(2) D. H. 1933, p. 65.

INTRODUCTION

Notions générales sur le formalisme

Pour qu'une volonté soit susceptible de produire un effet de droit, « il ne suffit pas d'un acte de volition interne, alors même que cette volonté aurait pour but immédiat un résultat juridique à atteindre. Il faut que cette volonté se soit traduite par une manifestation extérieure » (1). Séparée de cet élément extérieur, en effet, la volonté resterait à l'état d'acte psychologique interne et, par là, n'aurait rien de commun avec le Droit. Le Droit, spécialement le Droit privé, est la science sociale qui régit les rapports entre les individus. Or, pour que ces rapports soient possibles, il faut que les individus aient connaissance de leurs volontés respectives. La communication de conscience à conscience étant impossible, la volonté ne se fera connaître qu'au moyen de facteurs extérieurs. Par quels moyens l'acte de volition interne se manifestera-t-il à l'extérieur ? par des paroles, par des signes, par des écrits... On aperçoit dès lors la notion sommaire que l'on puisse donner de la « forme ».

(1) SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901, p. 1.

« La notion de forme, écrit M. Gény, implique d'abord celle d'un élément extérieur et sensible, destiné à envelopper les circonstances, immatérielles de leur nature, telles que les actes de volonté... » (1).

Mais au point de vue de la science juridique, la question se précise : le Droit peut laisser à la volonté toute latitude quant aux moyens de s'exprimer (mots, signes...) ; il suffit que le contenu de la volonté soit clairement aperçu ; ou bien le Droit restreint la volonté dans le choix de ses moyens d'expression et nous arrivons alors à la notion de formalisme : « Le formalisme, dit M. Cuq, consiste à subordonner l'expression de la volonté à l'emploi de certains mots consacrés. La loi ne tient aucun compte d'une volonté qui se manifesterait d'une toute autre manière » (2).

Nous dirons donc qu'un acte est formaliste si son élaboration, quant à la manifestation extérieure de la volonté créatrice, nécessite l'emploi de certaines formes déterminées.

Dans un sens plus général, on peut dire qu'une législation est formaliste quand elle soumet la confection de certains actes à de nombreuses formalités, sans que celles-ci soient des « formes » au sens où nous l'avons entendu ci-dessus, c'est-à-dire comme mode d'expression extérieure de la volonté. Il en est souvent ainsi au sujet du mariage pour lequel un âge minimum est requis, des autorisations parfois néces-

(1) GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, 1921, p. 98.

(2) CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*, Paris, 1891, t. I, p. 719. — Voir aussi : IHERING, *l'Esprit du Droit Romain*, t. III, traduction de MEULENAERE, pp. 157 et s.

saires, une célébration, accompagnée de certains rites, indispensable. Nous serons amenés au cours de cette étude à dire quelques mots sur ce formalisme « *largo sensu* ».

Selon le mot de M. Planiol, le formalisme a subi diverses « oscillations » au cours des temps. Avant de nous demander si le formalisme subsiste de nos jours et sous quelles formes, il nous faut retracer brièvement son évolution historique.

§ 1^{er}. — EVOLUTION HISTORIQUE DU FORMALISME
INCONVÉNIENTS ET AVANTAGES DE LA SOLENNITÉ

Quand on veut avoir un aperçu d'ensemble sur l'histoire du Droit, on prend en général comme point de départ le Droit romain primitif. Quelle était dans le Droit des premières siècles de l'histoire romaine la place faite au formalisme ? Tous les auteurs s'accordent à reconnaître que le Droit de la cité romaine est essentiellement formaliste.

C'est une loi historique que les peuples dans leur enfance s'attachent aux éléments matériels des choses. Tout ce qui frappe les sens plaît aux Romains et leur est nécessaire pour se comprendre les uns les autres. Le consentement doit être sérieux ; or, lorsque l'homme primitif, dont l'instruction est naturellement peu développée et dont les facultés ne sont pas ouvertes à l'abstraction, participe à un contrat, il repose sa pensée sur un acte tangible qui parle à ses sens et, par des déductions toutes naturelles, éclaire son esprit. M. Cuq constate que le formalisme symbolique n'a pas été une création arbitraire d'un législateur ; il répond

à un état de civilisation, car on le retrouve aussi bien dans la religion, dans la vie privée ou publique que dans le Droit (1).

La formation des actes juridiques dans l'antiquité romaine est soumise à l'emploi de plusieurs procédés techniques : les paroles, les solennités et les symboles.

1. *Les paroles.* — Les mots à prononcer pour la création d'un acte juridique sont strictement déterminés. La moindre erreur vicie l'acte entier. M. Duhaut, dans sa thèse, s'est ingénié à rechercher les lois concernant l'emploi des mots : les mots varient avec chaque acte ; parfois un seul mot suffit (« spon-deo » dans la stipulation) ; dans d'autres hypothèses, c'est toute une série de mots, soit invariable (formule instituant un « familiae emptor »), soit élastique et souffrant des modifications (actions en justice).

Les mots doivent être exprimés oralement ; les primitifs ne connaissent pas l'écriture.

Enfin le Droit romain ancien ne connaît pas la représentation (2) : les parties intéressées doivent elles-mêmes prononcer les mots requis, ce qui élimine les sourds-muets de la vie juridique (3).

2. — *Les solennités.* — Certains actes nécessitent l'intervention du peuple (testament *calatis comitiis*)

(1) CUQ, *op. cit.*, p. 720.

(2) La représentation s'est par suite développée dans une certaine mesure en droit romain, mais jamais celui-ci ne l'a admise entièrement.

(3) Voir DUHAUT, *De la forme, de ses caractères et de ses règles en Droit Romain*, thèse, Nancy, 1882. — LESAGE, *Le formalisme dans la législation romaine*, thèse, Paris, 1895.

ou de l'armée, quand ces actes sont faits au camp (testament procinctu). Les autorités religieuses, puis les autorités civiles se sont mêlées à la vie juridique. Quant aux témoins, leur présence est souvent requise et leur nombre imposant : il y en a cinq, sans compter le libripens, dans les actes per « aes et libram » (1).

3. — *Les symboles.* — Le symbole a sa raison d'être dans le penchant intime qui porte la nature humaine vers toute conception figurée. Les primitifs expriment leurs idées par des images vives frappant les sens et principalement les yeux. « Les symboles et les actions symboliques, dit Ihering, sont le langage de l'esprit dans son enfance » (2). Le mariage, chez tous les peuples anciens, nous offre de nombreux exemples de cette manifestation (3).

Plus tard, nous rencontrerons encore dans les actes des formalités qui ont eu leur raison d'être à une certaine époque ; devenues purement fictives, elles se sont néanmoins conservées par atavisme. C'est le cas des actes per « aes et libram » : à l'origine, les Romains ne possédaient pas de monnaie légale ; il était donc nécessaire de peser les lingots, mais cette formalité aurait dû disparaître le jour où une monnaie métallique fondue et frappée par l'Etat, possédant toujours une valeur uniforme, fut instituée.

Une caractéristique du formalisme primitif repose en ce fait qu'il régit l'ensemble du droit : droit des personnes, droit des biens, droit des actions. L'étude des

(1) Voir CUQ, *op. cit.*, pp. 722 à 727.

(2) IHERING, *op. cit.*, p. 191.

(3) Voir CUQ, *op. cit.*, pp. 720 à 722.

principales institutions juridiques nous montre le vaste champ d'application du formalisme dans le Droit des premiers siècles.

Le Droit connut longtemps ce triomphe du formalisme. Les Romains avaient trop le respect du passé, leur appareil législatif était trop lourd à manier, au moins à l'origine, pour adoucir le formalisme dominant ; mais, au cours des treize siècles de l'histoire romaine, le formalisme a subi divers assauts et a été battu en brèche par certaines innovations.

A mesure que la civilisation se développe, les inconvénients du formalisme rigoureux de l'ancien Droit apparaissent aux Romains, dont le caractère devient plus positif. La lourdeur des solennités primitives, les nullités qui résultent des inexactitudes les plus futiles dans l'emploi des formes, ne peuvent s'accommoder avec l'accroissement du commerce consécutif aux conquêtes des légions. Rome devient un centre industriel et commercial, les transactions se multiplient, il faut assurer leur rapidité. Ajoutons à cela la baisse de l'esprit religieux et le développement de l'écriture : toutes ces causes luttèrent dans le sens du recul du formalisme.

On commença à tenir compte dans les actes juridiques de la volonté des parties. L'emploi exact des formes ne suffit plus pour assurer *de plano* l'existence et la valeur inébranlables d'un acte. Les effets de ce dernier peuvent être détruits au moyen de l'exception de dol et de violence. Après les contrats « re » qui sont encore une manifestation de formalisme, bien qu'assoupli, apparaissent les contrats « consensu », c'est-à-dire qui se forment par le seul consentement des par-

ties : vente, louage, société, mandat, et, plus tard, les simples pactes sanctionnés et les contrats innomés (1).

Mais le formalisme n'a jamais complètement disparu de la législation romaine. Justinien lui-même a toujours respecté le principe d'après lequel les simples pactes n'engendrent point effet de Droit : « *ex nudo pacto actio non nascitur.* »

La Gaule ne connut pas la législation de Justinien au moment où celle-ci s'élabora. Les invasions barbares supplantèrent l'influence romaine dès le v^e siècle de notre ère ; elles amenèrent avec elles un retour au formalisme sous sa forme la plus archaïque. Les peuplades germaniques étaient restées, au point de vue du Droit, à un stade primitif : c'était un tissu de formalités symboliques (2).

Dans le Droit franc, la transmission de la propriété immobilière s'effectue d'abord par une investiture réelle comprenant une « appréhension » (l'acquéreur prend possession du fonds et y accomplit des actes de maître) et un « déguerpissement » de l'aliénateur, le tout accompagné de paroles et de gestes. L'investiture réelle fait place de bonne heure à la tradition symbolique : le fonds est représenté par une motte de terre, une branche d'arbre...

Dans le domaine contractuel, le Droit franc connaît deux sortes de contrats : les contrats réels et les contrats formels où les gestes symboliques (*festuca*) se

(1) Sur l'évolution du formalisme en Droit Romain, voir GIRARD, *Manuel élémentaire de Droit Romain*, 8^e éd. 1929, pp. 461 et s. — CAPITANT, *De la cause des obligations*, 1933, p. 112.

(2) Sur les aspects du formalisme dans notre ancien Droit, cf. BRISSAUD, *Manuel d'Histoire du Droit privé*, Paris, 1908.

joignent à la parole (*fides facta*). A la fin de l'époque franque, les actes écrits se développent. On confond le contrat et la preuve. Alors qu'en Droit romain avancé, on mentionnait par écrit le contenu de la stipulation pour s'en réserver la preuve, on croit au Moyen Age que l'écrit suffit à lui seul à la formation du contrat et on s'oblige « *per cartam* ».

L'époque féodale nous montre au point de vue de la transmission des biens immobiliers la continuation des formalités symboliques antérieures, compliquées encore du fait que le seigneur vient s'interposer entre l'aliénateur et l'acquéreur, quant aux terres nobles (*devest et vest*). Quant aux alleux, la tradition *per cartam* est employée, surtout dans le Midi. A l'époque monarchique, dans les pays appelés pays de nantissement (Nord de la France), on pratique encore la transmission par *devest et vest*, mais ces formalités ne s'effectuent plus devant le seigneur ; elles se réalisent devant les juges seigneuriaux ou royaux. La législation royale, d'ailleurs, s'attaqua à ces coutumes qui s'écartaient du Droit commun (1). Quant au Droit commun coutumier, le système qu'il applique est celui de la tradition feinte : la tradition se fait par acte, passé devant notaire en général, et dans lequel on insère la clause de *dessaisine-saisine* ou une clause équivalente, bien qu'en fait ces formalités ne se soient pas accomplies.

Quant aux contrats, l'époque féodale connaît encore les contrats formalistes (*paumée*; *arrhes*, qui sont devenues une forme nécessaire à l'existence de l'acte), puis

(1) Certains Parlements (Flandre, Artois) résistèrent à cette intervention royale.

les contrats « re », s'effectuant par la remise de la chose. Mais le droit canon tendit à développer le contrat par serment parce qu'il donnait compétence aux tribunaux ecclésiastiques. Ce fut d'abord un serment solennel : on jurait sur des livres saints ou sur des reliques. Son champ d'application était général : le serment donnait force obligatoire à toutes sortes d'engagements. Très pratiqué, il accoutuma les esprits au respect de la parole donnée ; et d'ailleurs, les canonistes accordaient une valeur au simple pacte non accompagné de serment, car celui qui ne tient pas sa promesse se rend coupable d'un mensonge, donc d'un péché.

Il y eut bien quelques résistances de la part des romanistes toujours attachés au vieux principe de la distinction entre les contrats nommés et les simples pactes. Mais, dès le xvi^e siècle la règle que le simple échange des consentements oblige est acquise en pratique. Au xvii^e siècle, Loysel peut écrire : « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles, et autant vaut une simple promesse et convenance que les stipulations du Droit romain » (1). Pothier, enfin, pose en principe la règle : « solus consensus obligat », n'admettant comme exceptions que quelques contrats solennels et réels. Cette évolution a son point final dans l'article 1134 de notre Code civil (2).

Si le formalisme a fléchi ainsi, c'est qu'il présente de nombreux inconvénients, que nous avons déjà

(1) LOYSEL, *Institutes Coutumières* 1607, livre III, titre I, maxime 2.

(2) Cf. ESMEIN, *Etude sur les contrats dans le Très Ancien Droit français*, pp. 33 à 45.

signalés ci-dessus : il est incommode, il cause des entraves aux transactions et favorise la mauvaise foi : pour la moindre irrégularité le débiteur sera en droit de renier sa promesse ; le nombre des nullités sanctionnant la formation des actes juridiques se trouve augmenté (1).

Mais si, à nos yeux, le formalisme présente de multiples inconvénients, remarquons avec M. Cuq qu'il en était tout autrement à l'époque romaine primitive et dans notre très ancien Droit, qui marqua un retour en arrière par rapport à la civilisation romaine des premiers siècles de notre ère. Les relations d'affaires étaient très ralenties par rapport à ce qu'elles sont aujourd'hui et les entraves qu'apportait le formalisme étaient alors peu ressenties. D'autre part les irrégularités de forme ne permettaient pas, en fait, au débiteur de se délier de ses engagements ; en effet, aux époques primitives les individus se connaissent et la conscience publique est très susceptible : il était dès lors difficile de manquer à la parole donnée (2).

Mais, lorsque l'instruction s'est propagée, lorsque le commerce a pris un essor tel, que les relations d'affaires se sont placées sur un plan international (de nombreux marchands étrangers participaient aux « foires » restées célèbres du Moyen-Age), les dangers du formalisme ont alors frappé les esprits. L'école libérale en économie politique et l'école du Droit naturel réclamèrent la disparition de l'ancien formalisme.

(1) Cf. IHERING, *op. cit.*, p. 167 et Cuq, *op. cit.*, pp. 719-720.

(2) Cuq, *op. cit.*, p. 720.

On comprend donc la lutte entreprise contre le formalisme à la fin de notre ancien Droit, mais cette lutte n'était pas achevée en 1804 et le Code civil ne l'acheva pas. Après la période troublée qui accompagna la chute de la Monarchie, les esprits étaient peu pressés de louer le consensualisme absolu, contraire souvent au besoin de sécurité, si recherché aux époques difficiles. Il fallut attendre l'apaisement dans les relations internationales comme à l'intérieur du pays pour voir reprendre la lutte contre le formalisme. Cette lutte, qui aboutira au recul du formalisme, se manifestera pendant le xix^e siècle et dans notre Droit contemporain.

La décadence n'est pas le seul aspect que présente l'évolution actuelle de cet élément de la technique juridique : le formalisme. Les auteurs récents parlent du renouveau du formalisme et en 1914, une thèse a été consacrée à la renaissance du formalisme dans les contrats (1).

Cela s'explique par les multiples avantages qu'entraîne le formalisme : il protège les parties en les incitant à réfléchir avant d'agir ; la présence d'un tiers, parfois nécessaire à la formation de l'acte, est une garantie de la liberté d'esprit des disposants : « Ennemie jurée de l'arbitraire, écrit Ihering, la forme est

(1) MOENECLAËY, *De la renaissance du formalisme dans les contrats*, thèse, Lille, 1914. — PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. IV, 1930, avec la collaboration de M. ESMEIN, n° 97. — COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. II, 4^e éd., pp. 264 et s. — BONNECASE, *Supplément au traité théorique et pratique de Droit civil de BAUDRY-LACANTINERIE*, t. II, 1925, pp. 448 et s.

la sœur jumelle de la liberté » (1). La forme facilite aussi la tâche du juge en assurant la preuve et, par là, elle donne aux droits la sécurité, sans laquelle les individus n'agiraient pas (2).

Aussi la doctrine constate-t-elle la nécessité du formalisme. « Quand les contrats sont dénués de formes, dit M. Esmein, les solutions compliquées naissant d'une civilisation avancée multiplient pour les parties souvent peu expérimentées et pour les tiers les risques d'erreur et de fraude. Indépendamment des facilités qu'il procure pour la preuve d'un acte, le formalisme protège les parties contre les dangers inhérents à l'opération » (3). On lit aussi dans le cours élémentaire de Droit civil français de MM. Colin et Capitant : « Le formalisme correspond à un besoin social si éternel qu'il ne devait pas tarder à reparaître... » (4).

Mais si la nécessité du formalisme est constatée par les auteurs, disons tout de suite qu'il ne s'agit pas de faire réapparaître dans notre Droit privé les formes symboliques que nous avons rencontrées en Droit romain et dans notre ancien Droit. « La forme varie

(1) IHERING, *op. cit.*, p. 178.

(2) Cf. DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. I, n^{os} 191 et s., p. 314.

(3) PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. VI, avec la collaboration de M. ESMEIN, 1930, p. 116.

(4) COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. II, 4^e éd., pp. 264 et s. — Voir en outre : PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. I, 1925, n^o 286. — DEMOGUE, *Notions fondamentales de Droit privé*, Paris, 1911, p. 111. — Raoul DE LA GRASSERIE, *De la volonté comme source d'un droit* (*Rev. crit. de lég. et jurisprudence*, 1911, p. 112). — MOENECLAËY, *op. cit.*, p. 15.

d'aspect chez les différents peuples et aux diverses périodes de la civilisation ; elle change en même temps que la pensée, le sentiment et la vie des hommes » (1). M. GénY résume très bien la question quand il écrit : « Le résultat de ces appréciations à la fois expérimentées et raisonnées ne sera pas tant la suppression des formes que leurs mérites rendent indispensables à la vie sociale mais simplement leur transformation dans un sens qui se peut exprimer en deux mots : au formalisme instinctif et symbolique du début, se substitue de plus en plus un formalisme réfléchi et utilitaire. Ce dernier est le seul dont il puisse être question en Droit moderne. » (2). C'est aussi l'opinion de M. Demogue : « Le formalisme dans sa manière d'être moderne, c'est-à-dire n'étant plus un mode de matérialisation des idées comme aux époques primitives, poursuit un but de sécurité... » (3).

Le formalisme moderne devra donc protéger les individus, et dans notre Droit actuel à tendances sociales, on entend par « individus » non seulement les parties à l'acte, mais aussi les tiers susceptibles d'être intéressés à cet acte. Sous quelles formes dès lors se présentera-t-il ? C'est ce qu'il nous faut maintenant établir.

(1) IHERING, *op. cit.*, p. 192.

(2) GÉNY, *Science et technique en Droit privé positif*, t. III, 1921, p. 103.

(3) DEMOGUE, *Notions fondamentales de Droit privé*, *op. cit.*, p. 69. — Voir aussi du même auteur : *Traité des obligations*, *op. cit.*, t. I, n^{os} 191 et s.

§ 2. — MANIFESTATIONS MODERNES DU FORMALISME

Nous avons vu que le formalisme actuel doit être utilitaire et protéger les parties intéressées à l'acte ainsi que les tiers. Nous devons donc rencontrer le formalisme contemporain sous deux formes, l'une que nous appellerons le « formalisme inter partes », l'autre qui sera la « publicité ».

1. *Le formalisme inter partes.* — Dans l'antiquité juridique les parties étaient protégées par le concours à l'élaboration de l'acte de nombreux témoins, parfois même du peuple entier ou d'une fraction importante du peuple. Il est évident que, de nos jours, de tels procédés seraient impraticables : les actes importants se passent désormais devant des individus qui représentent la puissance publique et qui, pour ce motif, sont nommés « officiers publics » (notaires, officiers de l'état civil...) (1).

D'autre part, alors que les anciens se méfiaient de l'écriture qu'ils connaissaient mal et préféraient les paroles ou les signes, l'écriture réalise de nos jours la technique la plus sûre et la plus employée pour assurer à un droit sa conservation et sa preuve. Les témoignages présentent en effet de sérieux dangers : la mémoire des témoins peut faire défaut et leur nombre est appelé à diminuer avec le temps ; il y a lieu aussi de craindre la corruption des témoins : on a vu à certaines époques des individus vivre avec les reve-

(1) Sur l'origine de nos actes authentiques actuels, cf. RIGAUD, *La forme des actes notariés*, thèse, Rennes, 1907, pp. 24 et s.

nus qu'ils se procuraient en vendant leur témoignage ; de nos jours enfin, on ne concevrait pas que des témoins puissent se rappeler exactement toutes les modalités et toutes les clauses secondaires qui se peuvent rencontrer par exemple dans un testament ou dans un bail.

Nous apercevons donc ce qu'on peut entendre aujourd'hui par acte formel : c'est, soit l'acte passé devant officier public, soit l'acte écrit (1).

Le Code civil nous offre des exemples d'actes passés devant notaire (contrat de mariage, constitution d'hypothèque...), devant officier d'état civil (déclaration de naissance et de décès, mariage), devant l'autorité judiciaire (adoption, légitimation) ou devant un auxiliaire de celle-ci (renonciation à une communauté ou à une succession...). Nous verrons au cours de cette étude que l'acte solennel ainsi entendu s'est développé depuis le Code de 1804. Il n'est pas jusqu'aux parties elles-mêmes qui, devant les avantages que présente un tel acte au point de vue de la garantie et de la sécurité, ne fassent appel parfois au concours d'un notaire pour la rédaction d'actes au sujet desquels la loi n'a prévu aucune formalité (2).

Quant à la forme écrite, en elle-même, elle ne présente rien de solennel et de formaliste. L'évolution juridique nous montre qu'aujourd'hui on consigne les actes par écrit alors qu'autrefois on les accomplissait devant témoins. Rien là de bien particulier. Mais

(1) Les actes passés devant les officiers publics sont d'ailleurs des actes écrits.

(2) GÉNY, *op. cit.*, p. 108.

le formalisme va apparaître lorsque l'écrit sera imposé ou que certaines mentions seront requises.

Ainsi le Code civil a supprimé le testament nuncupatif et ne permet plus que le testament écrit dont la forme la plus simple, le testament olographe, exige, outre l'obligation pour le disposant de rédiger lui-même l'acte, certaines mentions : la signature du testateur et l'inscription de la date.

Ce formalisme, en quelque sorte assoupli, puisque le ministère d'un tiers n'est plus nécessaire, et que les parties elles-mêmes peuvent conférer à l'acte toute sa valeur, est particulièrement développé dans notre Droit commercial : les effets de commerce et les titres négociables sont des exemples de cette solennité : Ainsi une traite doit, pour être valable, contenir certaines mentions (art. 110 du Code de commerce), de même un billet à ordre (art. 188 du même Code) (1).

Nous rencontrons aussi en Droit commercial une forme particulière de cet acte à formalités assouplies : l'acte abstrait. L'acte abstrait est l'acte qui est valable indépendamment de sa cause. Le législateur corrige cette simplification par l'exigence d'une forme, nécessaire à la validité de cet acte. Citons comme exemple d'acte d'abstrait le mode de transmission des titres à ordres : l'endossement. L'article 137 actuel du Code de commerce prévoit une formalité nécessaire à la validité de l'endossement d'une lettre de change : la signature de l'endosseur (2).

(1) Sur le caractère solennel de la traite, cf. LACOUR et BOUTERON, *Précis de Droit commercial*, 3^e éd., t. II, n° 1179.

(2) Sur les rapports de l'acte abstrait et du formalisme, cf. CROZET, *Introduction à l'étude de l'acte abstrait*, thèse, Lyon,

Notre Droit ne se préoccupe pas seulement de la protection des parties, il tend aussi à assurer celle des tiers.

2. *La publicité.* — Nous traitons aujourd'hui beaucoup plus rapidement qu'autrefois et, à la suite du développement des moyens de communication, nous pouvons être amenés à entrer en relations d'affaires avec des personnes qui nous sont totalement inconnues ; il est donc nécessaire que nous ayons la possibilité de nous renseigner sur leur capacité et sur l'état des biens qui nous sont proposés. L'individu qui veut acquérir un objet doit savoir si son vendeur est le vrai propriétaire de cet objet ; au créancier qui prête sur hypothèque, il est indispensable de connaître si le bien, sur lequel le débiteur consent ce droit réel, ne répond pas déjà d'autres dettes. De même certains actes ne sont possibles et sûrs que si les individus sont assurés de leur capacité respective. De là, la nécessité d'une publicité de l'état et de la capacité des personnes, ainsi que des biens.

La publicité était peu développée dans le Droit primitif. Le Droit romain n'a jamais organisé un système publicitaire et cela fut le principal défaut de son régime hypothécaire (1).

1930, pp. 163 et s. — GANGUIER, *De l'interprétation des actes juridiques*, thèse, Paris, 1898, p. 21. — DEBRAY, *La clause à ordre*, thèse, 1892, pp. 114 et s. — DUEZ, *De la renaissance de l'acte abstrait dans les obligations*, thèse, Lille, 1914.

(1) En Droit grec, les historiens nous rapportent qu'on disposait dans les champs et sur les maisons des bornes et des écriteaux indiquant le nom du propriétaire.

Il est vrai que la publicité était autrefois indirectement réalisée. Les transferts de droits et de biens, certains actes d'état civil (mariage, adoption) étaient passés devant un grand public : ces formes procuraient aux tiers une certaine connaissance de l'état des personnes et des biens. Point n'est besoin de démontrer l'insuffisance d'un tel état de choses.

Notre ancien Droit fit un effort pour organiser une publicité de l'état des personnes. L'initiative vint du clergé catholique qui commença à tenir des registres de baptême et de mariage vers le xv^e siècle. Cette pratique, très irrégulière d'ailleurs, fut approuvée, généralisée et réglementée par le Concile de Trente, puis par les ordonnances royales, mais les résultats ne furent jamais pleinement satisfaisants.

Quant aux biens, leur régime de publicité sous l'ancien régime fut encore plus rudimentaire. M. Moeneclacy s'est attaché dans sa thèse à démontrer que la plupart des publicités que nous connaissons actuellement sont d'origine moderne (1).

C'est sous la Révolution seulement qu'une organisation d'ensemble fut tentée (lois de messidor an III, du 11 brumaire an VII...). Le Code marqua un retour en arrière, puisqu'il ne prévut pas la publicité des transmissions immobilières à titre onéreux, réalisée par la loi de brumaire an VII. Mais depuis 1804 le régime de la publicité s'est considérablement développé par des procédés variables : registres, affiches, journaux...

(1) MOENECLACY, *loc. cit.*, pp. 72 et s.

La question s'est posée de savoir si les formalités de publicité étaient une manifestation du formalisme ? Cette question semble maintenant résolue dans le sens de l'affirmative ; et les auteurs, qui se sont occupés de ce sujet, n'ont aucun doute à cet égard (1).

M. Moeneclaey, reprenant les développements de M. Demogue, conclut à la solennité des formalités de publicité, car la connaissance de fait ne suffit pas à les remplacer, sauf l'application de la règle générale : « *fraus omnia corrumpit* », et quelques rares exceptions, d'ailleurs discutées, admises en jurisprudence (2).

Peut-on dire en effet qu'un acte est consensuel quand, pour être opposable à un grand nombre de personnes, il doit remplir certaines formalités, en l'occurrence des formalités de publicité ? Nous citerons seulement l'opinion de M. Tarde qui écrivait en 1893 : « ...et si l'on dit maintenant, en principe, que la vente est parfaite par le seul consentement, on l'assujettit, en fait, à la formalité nouvelle et plus coûteuse de la transcription, sans laquelle elle n'est point opposable aux tiers ; à la fin comme au début de son évolution, le contrat de vente est essentiellement formaliste » (3). Il serait facile de trouver chez d'autres auteurs un semblable jugement (4).

(1) BONNECASE, *loc. cit.*, pp. 72 et s. — LAURENT, *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*, thèse, Caen, 1931, pp. 98 et s. — GÉNY, *loc. cit.*, pp. 97 et s.

(2) MOENECLAËY, *loc. cit.*, pp. 97 et s.

(3) TARDE, *Les transformations du Droit*, Paris, 1893, p. 112.

(4) Cf. AUBREY et RAU, t. II, p. 429 et p. 456. — BUFNOIR, *Propriété et contrat*, Paris, 1900, p. 82. — JOSSERAND, *loc. cit.*, t. I, 1930, pp. 84 et s.

Il n'est donc pas douteux que les formalités de publicité soient une manifestation du formalisme des actes juridiques, toutes les fois qu'il appartient aux parties à l'acte de les effectuer ou de les requérir. La publicité est d'ailleurs une formalité assouplie car ses formes sont simples et son absence ne rend pas l'acte qui en est dépourvu nul « erga omnes », mais simplement inopposable à certaines personnes (1).

Voilà en quel sens, croyons-nous, on peut parler d'un formalisme moderne. On a parfois donné au mot « formalisme » un sens très étroit et d'aucuns semblent confondre le formalisme avec l'acte solennel, tel qu'on a l'habitude de l'entendre aujourd'hui, c'est-à-dire l'acte authentique. « Récemment encore, écrit M. Bonnecase, il eut paru presque hérétique de parler de la survivance du formalisme en dehors des actes juridiques solennels... » (2). On admet maintenant plus généralement qu'il existe d'autres formalités des actes juridiques. Nous nous rangeons à l'opinion de M. Bonnecase qui écrit : « Seulement nous ne donnons pas au terme « formalisme » le sens par-trop étroit qui a été longtemps le sien. Nous voyons dans le formalisme une notion variable se réalisant aussi bien dans les actes juridiques qualifiés ordinairement solennels que dans ceux soumis à des formes ou formalités particulières, ou encore dans ceux qui requièrent une manifestation de volonté « expresse ». Il n'est pas jusqu'à la nécessité de la preuve par écrit qui ne

(1) MOENECLAËY, *loc. cit.*, pp. 115 et s.

(2) BONNECASE, *loc. cit.*, n° 387.

traduise la survivance du formalisme au sens du Code civil lui-même » (1).

Il convient toutefois de reconnaître qu'il y a une hiérarchie dans les diverses manifestations du formalisme : au sommet, se place la solennité dont l'accomplissement est nécessaire à l'existence même de l'acte. L'acte notarié, par exemple, est indispensable pour constituer une hypothèque conventionnelle ou pour établir un contrat de mariage. Le testament olographe est sans valeur s'il ne fait pas mention de sa date et s'il n'est pas rédigé et signé par le disposant.

Viennent ensuite les formalités dont l'absence ne prive pas l'acte de tout effet mais diminue la portée que son ou ses auteurs voulaient initialement lui donner. C'est ainsi qu'une lettre de change dans laquelle manque la mention du tiré ne vaut pas comme traite, mais peut valoir comme billet à ordre (2).

Nous avons vu que la publicité est une solennité mais une solennité amoindrie en ce sens que l'acte qui en est privé n'est pas dénué de toute valeur, mais est inopposable à certaines personnes.

Les formalités de preuve elles-mêmes ne sont pas intrinsèquement nécessaires à l'existence de l'acte, mais pratiquement elles ne se différencient pas de la solennité : l'absence de celle-ci empêche l'acte de se former, l'absence de celle-là empêche le titulaire d'un droit d'établir l'existence de ce droit (3).

(1) BONNECASE, *loc. cit.*, n° 381. — Cette idée a été reprise par M. JOUHET, *De la nature, des variétés et du rôle de l'acte authentique en Droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1930, pp. 129 et s.

(2) Cf. LACOUR et BOUTERON, *loc. cit.*, n° 1192.

(3) Cf. GÉNY, *loc. cit.*, p. 110. — COLIN et CAPITANT, *loc. cit.*, t. II, 4^e éd., pp. 264 et s.

Nous rencontrons encore des formalités, comme le timbre et l'enregistrement, dont le but est essentiellement fiscal — bien que l'enregistrement procure parfois un effet civil en donnant date certaine aux actes sous seing-privé — mais dont l'absence empêche, par exemple, l'acte d'être produit en justice, sous peine d'amende.

Enfin la pratique des affaires nous fait connaître certaines formes, dont le défaut au point de vue législatif, ne saurait entraîner aucune sanction parce qu'elles ne sont pas exigées par les textes, mais dont l'existence n'en reste pas moins une constatation que nous ne pouvons négliger. « La plupart des formes du Droit moderne, écrit M. GénY, résultent d'une disposition de la loi écrite, et celle-ci se montre le mieux apte à établir en cette matière les précisions nécessaires. Pourtant, il serait, je crois, excessif et faux de refuser à la pratique, éventuellement corroborée par la jurisprudence, tout pouvoir pour élaborer, le cas échéant, des formes exigées par la vie et que la loi négligeait d'organiser » (1).

De l'évolution historique du formalisme, il résulte donc que nous nous trouvons en présence dans le Droit privé moderne de deux courants contraires, l'un « désolennisateur », issu de la tendance antiformaliste déjà caractéristique dans notre ancien Droit monarchique, l'autre « solennisateur », né du besoin de protection et de sécurité, indispensable à une époque

(1) GÉNY, *loc. cit.*, p. 119.

comme la nôtre où les tractations se font en grand nombre.

L'étude de ces deux courants formera l'objet de la présente thèse. Pour mener à bien cette étude nous croyons utile d'examiner les sources de notre Droit privé sous le rapport du formalisme. Il est évident que la source principale de notre Droit est la loi, mais ainsi que l'a montré M. Gény : « L'ordre juridique positif d'un pays donné n'est jamais pleinement satisfait par les dispositions de ses lois écrites... Les rapports humains sont trop nombreux, trop complexes, trop changeants pour trouver un règlement suffisant en quelques formules verbales édictées à un moment fixe et en présence d'une situation impossible à embrasser d'un seul coup d'œil... » (1). Et, à côté de la loi qu'il élève d'ailleurs hiérarchiquement à la première place, l'auteur cite, comme sources de notre Droit, la coutume et la jurisprudence. Mais la jurisprudence est une source de la coutume et c'est même la source la plus moderne et la plus abondante du Droit coutumier. Nous pouvons donc rattacher ensemble la pratique des affaires et la jurisprudence (2). D'ailleurs une pratique ne prend de développement que dans la mesure où elle est admise et corroborée par les tribunaux. Inversement, le juge, étant l'interprète des aspirations de son siècle, s'efforcera de concilier les textes juridiques avec les tendances manifestées par ses contemporains, tendances que devra nous

(1) GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, t. II, 2^e éd. 1932, pp. 404 et s.

(2) Cf. LEBRUN, *La coutume, ses sources, son autorité en Droit privé*, thèse, Caen, 1932.

faire tout naturellement apparaître l'étude de la pratique des affaires (1).

Cet ouvrage sera donc divisé en deux parties dans lesquelles nous étudierons successivement : le formalisme en législation et le formalisme dans les manifestations modernes du Droit coutumier (pratique juridique et jurisprudence). Conformément au titre auquel nous nous sommes arrêtés, nous ne ferons qu'apercevoir des principes, des tendances ; c'est que, le plus souvent, le législateur, les particuliers et les juges n'ont pas en but dans leurs sphères d'action respectives, la lutte pour ou contre le formalisme. La loi qui établit une solennité n'a pas eu vue d'assurer par là le triomphe du formalisme, mais de protéger les individus. Le juge, qui interprète d'une manière libérale les actes dont la validité lui est soumise, vise à donner effet aux volontés manifestées par les particuliers et non pas à accentuer le recul du formalisme. Dans ces conditions, il est difficile de découvrir de véritables lois régissant l'évolution contemporaine du formalisme. C'est en nous basant sur des faits et sur la répétition de solutions identiques que nous pourrions mettre en relief les tendances que manifestent, au sujet du formalisme des actes juridiques, notre législation et notre Droit coutumier.

(1) Il y a de même une action et une réaction de la pratique des affaires sur la loi. Certains textes législatifs sont venus interdire des pratiques antérieures ; d'autres sont venus légaliser des solutions issues de la coutume. Cf. à ce sujet : E.-H. PERREAU, *Déformation des lois par les actes juridiques et des actes juridiques par la jurisprudence* (*Revue Tri. de Droit civil* 1921, p. 609).

PREMIERE PARTIE

Le formalisme en législation

L'intervention du législateur ne peut s'expliquer que si l'intérêt de la nation ou tout au moins d'une fraction importante de la nation l'exige. Etant l'expression de la volonté générale, la loi doit avoir pour mobile la satisfaction d'un besoin lui aussi général. L'intérêt public, par sa définition même, est très divers et susceptible de varier au gré des circonstances économiques, politiques et sociales. Telle loi, telle institution, bienfaisante il y a un siècle, ne se comprendrait plus dans le cadre de la civilisation actuelle; et, c'est parce que les circonstances ont beaucoup varié depuis la moitié du *xix^e* siècle, que l'intervention fréquente du législateur se constate et, le plus souvent, se justifie de nos jours.

La satisfaction de l'intérêt public sous ses multiples aspects exigera l'emploi, selon les cas, de divers procédés techniques au nombre desquels se trouve le formalisme. D'une part, le rôle protecteur du formalisme justifiera son intervention dans certaines situa-

tions ; d'autre part, les entraves qui en sont fatalement la conséquence expliqueront sa décroissance dans les actes dont l'intérêt général commande la simplification.

Nous allons essayer dans les pages qui vont suivre de montrer comment la loi, en ayant toujours en vue la satisfaction de l'intérêt public, a entraîné à la fois la renaissance et le recul du formalisme.

TITRE PREMIER

La loi et la renaissance du formalisme

Si on ouvre un recueil de textes législatifs, on est frappé par l'importance, accrue depuis quelques années, des lois ayant développé les formalités fiscales. L'augmentation de notre dette publique à la suite de la dernière guerre et les difficultés monétaires auxquelles nos gouvernements ont eu à faire face, ont nécessité l'emploi de mesures fiscales d'une exceptionnelle rigueur. Dans le cadre qui nous intéresse, nous constatons l'accroissement du nombre des actes juridiques soumis aux formalités du timbre et de l'enregistrement et l'augmentation du quantum de ces charges dans les actes déjà soumis à elles antérieurement.

La guerre n'a pas eu seulement pour effet de nous placer dans une situation monétaire précaire. Par suite des changements produits par elle dans l'économie générale du pays, la réalisation des obligations contractées avant 1914 est devenue très difficile pour ne pas dire impossible. La rareté des produits, leurs

prix, accrus dans des proportions normalement imprévisibles, ont placé les débiteurs dans une situation critique. Le législateur a dû intervenir. La célèbre théorie de l'imprévision, que la jurisprudence civile (au moins dans ses tribunaux supérieurs), contrairement à la jurisprudence administrative, n'avait jamais admise, a été sanctionnée législativement (1). Mais la fin de la guerre n'a pas mis fin à l'intervention du législateur dans le domaine contractuel et c'est contre cette intervention difficilement justiciable, hors le cas de circonstances exceptionnelles, que s'élève M. Josserand dans une chronique récente (2). Désormais l'article 1134 du Code civil est pratiquement lettre-morte. Il serait facile de multiplier les exemples de lois qui sont venus interdire dans les contrats des clauses de plus en plus nombreuses. Déjà en 1907, la loi du 13 juillet, relative au libre salaire de la femme mariée, a interdit toute clause contraire à ses prescriptions dans les contrats de mariage, contrats où la présence du notaire est cependant une garantie des intérêts de la femme. De même l'article 103 du Code de commerce, complété par la loi du 17 mars 1905, défend au transporteur de s'exonérer contractuellement de sa responsabilité. Ce n'étaient là que des interdictions, aujourd'hui le législateur impose : la législation inextricable sur les loyers et baux à ferme, la loi sur les assurances terrestres du 13 juillet 1930 qui pose le

(1) La loi du 21 janvier 1918 (loi FAILLLOT) a permis aux débiteurs de demander la résolution de certains contrats conclus avant la guerre. — Cf. aussi toutes les lois sur la réglementation des baux.

(2) D. H. 1933, p. 89, *le contrat dirigé*.

principe que toutes ses prescriptions sont impératives, sont des exemples de cet état de choses (1).

Nous constatons dans le domaine contractuel, selon le mot de M. Josserand, une véritable « socialisation ». Ces interventions législatives réitérées aboutissent à une formalisation des contrats, puisque la grande règle qui s'était dégagée à la fin de notre ancien Droit : « solus consensus obligat » est ébranlée dans ses plus solides fondements.

Mais ce n'est pas sur ce terrain que nous nous proposons de montrer plus en détail la renaissance du formalisme dans la législation actuelle. L'évolution historique du formalisme nous a fait apercevoir les diverses manifestations que doit revêtir celui-ci dans le Droit moderne. Nous les avons groupées sous deux rubriques, rattachant à la première les formes protectrices des parties à l'acte, groupant sous la deuxième les formalités destinées à garantir la sécurité des tiers. Nous pourrions dire que l'œuvre législative a consacré une renaissance du formalisme si les textes nous font apercevoir un accroissement du formalisme « inter partes » et un développement des formalités publicitaires.

(1) Cf. SALLÉ DE LA MARINIERRE, *L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques*, thèse, Paris, 1930. — CAPITANT, *Le régime de la violation des contrats*, D. H. 1934, p. 1.

CHAPITRE PREMIER

LA LOI ET LE DEVELOPPEMENT DU FORMALISME
« INTER PARTES »

Les parties à un acte, pour diverses causes, se rattachant plus ou moins à la protection de leurs intérêts, se voient souvent imposer la présence d'un tiers, ou l'emploi de certains procédés techniques et en particulier de l'écriture. Lors de la parution du Code civil et du Code de commerce, de semblables obligations se rencontraient déjà ; il s'agit pour nous de constater l'accroissement de ces formalités dans la législation postérieure. Nous diviserons ce chapitre en deux sections : dans une première section, nous étudierons le développement de l' « acte authentique » et nous rechercherons dans une seconde section les hypothèses dans lesquelles l'acte écrit a été introduit ou créé au cours du xix^e et du xx^e siècles.

SECTION I. — LE DÉVELOPPEMENT DE L'ACTE AUTHENTIQUE

Avant d'entrer dans le détail des textes, il convient de préciser ce que nous entendons par « acte authentique ». Beaucoup de gens, peu initiés à la pratique juridique, confondent l'acte authentique avec l'acte notarié, mais, s'il est vrai que la grande majorité des actes authentiques acquièrent ce titre par la signature d'un notaire, il ne faut pas oublier que d'autres officiers publics peuvent donner l'authenticité aux actes qu'ils constatent. « L'acte authentique, écrit M. Planiol, est celui qui est reçu par un officier public, dans

les lieux et dans les cas où la loi lui permet d'instrumenter et avec les formalités requises » (1). Or, à côté des notaires, il faut citer comme officiers publics les officiers de l'état civil, les greffiers, les courtiers privilégiés...

Le Code civil de 1804 nous offre des exemples d'actes authentiques ainsi entendus : le contrat de mariage, la donation entre vifs, la constitution d'hypothèque exigent la présence du notaire... A cette exigence, les auteurs donnent pour motif l'importance de l'acte et la protection des divers intérêts qu'il met en jeu, protection qu'on croit suffisamment réalisée par la présence, d'ailleurs souvent accompagnée de conseils judiciaires, du notaire.

Il faut croire que cette forme a rendu certains services puisque des textes législatifs l'ont, au cours du XIX^e siècle, introduite dans trois hypothèses à l'étude desquelles nous allons consacrer quelques mots. Ces textes sont : l'article 20 de la loi du 5 juillet 1844, l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 précisé et complété par la loi du 13 février 1889 et enfin l'article 16 de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail.

L'article 20 de la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention dispose : « La cession totale ou partielle d'un brevet soit à titre gratuit, soit à titre onéreux ne pourra être faite que par acte notarié et après le paiement de la taxe déterminée par l'article 4. Aucune cession ne sera valable à l'égard des tiers qu'après avoir été enregistrée au secrétariat de la préfecture

(1) PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 11^e éd. 1931, n^o 80.

du département dans lequel l'acte aura été passé ». La cession est donc soumise à trois formalités : acte notarié, paiement de taxes, enregistrement au secrétariat de la préfecture. Seule la première de ces formalités doit ici retenir notre attention. La nécessité de l'acte notarié était déjà requise par l'article 15 de la loi du 25 mai 1791 ; le législateur de 1844 a cru bon y revenir et, d'ailleurs, cette disposition fut votée aux Chambres sans soulever aucune discussion. Outre la protection de parties qu'entraîne la présence du notaire, on a particulièrement voulu empêcher le cédant de se colloquer avec de prétendus cessionnaires, pour opposer à un cessionnaire primitif une cession postérieure antidatée. Mais, si en 1844, la nécessité de l'acte authentique fut consacrée sans discussion, elle ne tarda pas à soulever des commentaires et des critiques. Les notaires, a-t-on dit, sont souvent ignorants des principes de notre législation industrielle et ils s'en remettent pour la rédaction de l'acte de cession aux dires des parties : où peut-on dès lors trouver la protection de celles-ci ? De plus, les frais que cette formalité entraîne empêchent la cession de beaucoup de petits brevets (1). En réponse à ces critiques, nous ferons simplement observer que la cession n'est pas

(1) Cf. LEMBERGZ, *Des opérations juridiques à propos des brevets d'invention*, thèse, Lille, 1910. — GOURDON, *Des cessions et licences des brevets d'invention*, thèse, Bordeaux, 1904, pp. 68 et s. — L'association française pour la protection de la propriété industrielle a proposé de rendre la cession possible par acte authentique ou par acte sous seing privé ; cette solution a été reprise dans le projet BRIAND déposé à la Chambre le 18 février 1909 (*J. O.* 18 et 21 avril 1909).

toujours nécessaire ni avantageuse pour l'inventeur : celui-ci peut fort bien tirer profit de son invention en conférant à un tiers une simple licence, pour laquelle un acte sous seing privé est suffisant.

Quelques années plus tard, le 23 mars 1855, fut votée notre grande loi sur la transcription. Ses auteurs ont cru bon de porter leur attention sur des actes qui présentaient un très grand intérêt pratique en même temps qu'ils exigeaient de grandes précautions : les conventions relatives à l'hypothèque légale de la femme mariée.

L'hypothèque légale de la femme mariée, si elle est une garantie sérieuse pour celle-ci, reste une gêne considérable pour la circulation des immeubles du mari. Le tiers-acquéreur, le créancier hypothécaire sur ces immeubles doit, ou purger, ou obtenir de la femme une renonciation, et, comme la purge entraîne de nombreuses complications, il incline en général vers le second moyen. Au profit du tiers-acquéreur, la renonciation à l'hypothèque est toujours extinctive. Peu après le code qui n'en avait rien dit, la validité de ces renonciations fut bientôt établie. Mais le législateur de 1804 avait entouré de garanties la restriction de l'hypothèque légale et la question se posa de savoir si la renonciation devait être soumise aux mêmes formalités. L'art. 9 de la loi de 1855 trancha les controverses antérieures : « Dans tous les cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque ou y renoncer, cette cession ou cette renonciation doit être faite par acte authentique... » (1). Ce texte devait

(1) La place de cette disposition dans notre loi sur la transcrip-

bientôt être l'objet de nouvelles discussions. Il était certain, en effet, qu'il s'appliquait à la renonciation translatrice, mais en était-il de même pour la renonciation extinctive, spécialement pour celle consentie à un acquéreur ? La question était controversée en doctrine ; en fait, beaucoup de renonciations se faisaient par le concours de la femme à la vente sous seing privé. La question rebondit quand l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 22 novembre 1880 considéra comme nulle une telle renonciation (1). Les notaires demandèrent une nouvelle intervention législative : la loi du 13 février 1889 la réalisa. Désormais toutes les renonciations tant translatrices qu'extinctives sont soumises à l'obligation de l'acte authentique et, en consacrant cette extension, la loi de 1889 a agi dans le sens du développement de l'acte formaliste.

Après avoir constaté la naissance de cette nouvelle solennisation, il nous reste maintenant à expliquer le pourquoi de la réforme. On en a donné deux raisons, l'une théorique et l'autre pratique. L'acte authentique, dit-on d'abord, est de l'essence de notre régime hypothécaire : pour créer une hypothèque, il faut un acte authentique, pour la radier, il faut un nouvel acte authentique ; la loi de 1855 a exigé la même formalité pour la cession et la renonciation translatrice de l'hypothèque, comment en aurait-il pu être autrement pour la renonciation simplement extinctive ? D'autre part, si on tolère en fait cette renonciation par acte sous seing privé, est-ce que la femme ne

tion s'explique par la nécessité de donner une publicité aux conventions relatives à l'hypothèque légale.

(1) Req., 22 nov. 1880, D. 1881.1.58.

va pas subir l'influence du mari ? Il se peut que celui-ci obtienne la signature de la femme sans l'éclairer sur l'objet du contrat. Au contraire, grâce à la nécessité de l'acte authentique, le notaire pourra appeler l'attention de la femme sur les conséquences de son engagement ; ce sera, pour elle, la plus élémentaire garantie, et cette garantie réagira sur les tiers, ceux-ci étant avertis par la publicité, exigée par la loi, des renonciations antérieures, au sujet desquelles il ne saurait y avoir désormais aucune méprise (1).

Le dernier texte législatif ayant créé un nouvel acte authentique dans notre Droit privé est l'article 16 de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail. Cet article a trait aux indemnités dues à l'ouvrier, autres que les indemnités temporaires et que celles relatives aux frais funéraires. Il décide que le Président du Tribunal d'arrondissement doit convoquer les diverses parties intéressées au sujet de l'établissement de l'indemnité. L'alinéa 2 était ainsi conçu en 1898 : « S'il y a accord des parties intéressées, l'indemnité est définitivement fixée par l'ordonnance du président, qui donne acte de cet accord. » Cet acte est authentique, puisque délivré et signé par un président de tribunal : il constitue un exemple de « contrat judiciaire ». On croyait ainsi protéger suffisamment l'ouvrier, mais, en raison des termes très vagues rapportés ci-dessus, les présidents de tribunal se bor-

(1) Ces considérations n'ont pas paru déterminantes à certains auteurs qui ont critiqué le régime établi par la loi de 1889. Cf. OZANNE, *Etude de la loi du 13 février 1889*, thèse, Caen, 1900, pp. 128 et s. — JOSSERAND, *op. cit.*, t. II, n° 1997. — PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire*, t. II, n° 3478.

naient à jouer le rôle de simples témoins, se contentant d'enregistrer les déclarations qui leur étaient faites. Les assureurs profitèrent de cet état de choses pour inciter les ouvriers à demander un capital plutôt qu'une rente, et comme, d'après les termes mêmes de la loi, le capital ne pouvait remplacer une rente que si la valeur de la rente était inférieure à 100 francs, ils faisaient accepter à l'ouvrier une rente remplissant cette condition. Les faits montraient que les ouvriers répondaient favorablement aux injonctions des assureurs, au risque d'être lésés, tant est humain le désir de posséder un certain capital plutôt qu'attendre le versement périodique d'une rente, même bien supérieure aux revenus que peut produire ce capital. La réforme qui s'imposait fut réalisée par la loi du 31 mars 1905. Désormais le président du tribunal joue un rôle actif et, il doit notamment indiquer, sous peine de nullité, dans le certificat qu'il délivre, le salaire de base et la réduction que ce salaire aura subi du fait de l'accident (1).

Tels sont les textes législatifs qui ont introduit dans notre droit de nouveaux actes authentiques. A l'inverse, l'article 40 du Code de commerce avait exigé que les statuts des sociétés anonymes soient rédigés par acte public, mais la loi du 24 juillet 1867 (art. 21, alinéa 2), a reconnu dans cette hypothèse la possibilité et la validité du simple acte sous seing-privé. La doctrine, en général, a critiqué cette désolennisation.

(1) Sur ce contrat judiciaire, cf. SACHET, *Traité théorique et pratique de législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, 6^e éd. 1921, t. I, n^{os} 1182 et s.

La présence du notaire était une garantie de bonne rédaction des statuts pour les futurs actionnaires. D'ailleurs la loi a prévu une déclaration notariée constatant certaines opérations préliminaires de constitution de la société, et on ne voit pas pourquoi le législateur n'a pas tout simplement obligé les fondateurs à recourir, pour la confection de l'acte, au concours du notaire.

Outre cette critique de la loi sur les sociétés, nous trouvons chez certains auteurs, avec l'exposé des nombreuses supériorités de l'acte authentique sur l'acte sous seing privé, le vœu de l'extension future de cet acte (1). Nous retrouverons cette question dans notre seconde partie, mais nous devons signaler ici l'écho que ces tendances doctrinales ont parfois eu au Parlement. Un projet déposé en 1888 prévoyait que « tous les actes translatifs et déclaratifs de propriété, ventes, cessions, échanges, partages et licitations ayant pour objet des immeubles » ne seraient valables qu'autant qu'ils seraient passés en la forme authentique. Ce projet demeura sans résultat. Le morcellement de la propriété en France entraîne la passation d'actes trop peu importants pour les astreindre aux frais suscités par le concours du notaire.

Une autre réforme, plus récente, déposée en 1932 à la Chambre des Députés, a demandé la fonctionnarisation des professions auxiliaires de la justice et des notaires ; en vue de l'augmentation des ressources fiscales, les actes devraient en principe rece-

(1) Cf. notamment : RIGAUD, *Forme des actes notariés et extension des actes solennels*, thèse, Rennes, 1907, pp. 141 et s. — BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, thèse, 1891.

voir la forme authentique : seuls les actes de commerce, les testaments et les actes de minime importance seraient exceptés (1). Ce projet embrasse une réforme trop vaste pour qu'il soit pris en considération et il n'a reçu aucune suite jusqu'à présent.

Il nous est donc possible de conclure à une tendance du législateur, quand il s'occupe de protéger juridiquement les individus, à considérer l'intervention d'un officier public comme devant réaliser cette protection, et à introduire ainsi dans notre Droit de nouveaux actes authentiques.

Mais l'acte authentique n'est pas toujours un remède approprié aux divers intérêts que la loi doit satisfaire. Ce remède peut d'abord être très coûteux en égard au but à atteindre et, de par sa nature même, il exige une certaine dépense de temps, conséquences souvent inconciliables avec les besoins en jeu. Une autre solennité s'offre au législateur pour satisfaire ceux-ci : l'écriture.

(1) Proposition de loi ayant pour objet l'abolition de la vénalité des offices ministériels, déposée par M. le député Paul GRUET Doc. Parl., Ch. des Députés, session ordinaire 1933, annexe n° 1514).

L'art. 6 de cette proposition dispose : « Sont passés devant notaire, à peine de nullité, dans la forme ordinaire des contrats et avec établissement d'une minute, tous contrats ou obligations conventionnelles, tous actes de vente, de baux et locations d'immeubles, tous actes de société, toutes opérations de liquidation et partage, toutes cessions de fonds de commerce, toutes ventes mobilières, tous inventaires estimatifs ou déclaratifs de propriété à l'exclusion des actes de commerce, des actes de minime importance ou de ceux qu'il est d'usage d'effectuer verbalement. »

SECTION II. — LE DÉVELOPPEMENT DE LA FORME ÉCRITE,
SOLENNITÉ MODERNE DES ACTES JURIDIQUES

Nous avons déjà signalé dans notre introduction que le Code civil avait exigé la forme écrite pour les testaments. Les articles 1834, 2044 (2^e alinéa), 2085 (1^{er} alinéa), relatifs à la société, à la transaction et à l'antichrèse réclament aussi la rédaction d'un écrit (1). La disposition la plus expansive à cet égard est l'article 1341 du Code civil qui oblige les contractants à prouver leur engagement au moyen d'un écrit quand la valeur de cet engagement dépasse 500 francs (loi du 1^{er} avril 1928), et nous avons admis, avec la doctrine dominante, que les formalités de preuve rentraient dans l'acception moderne du « formalisme ». La preuve écrite n'est obligatoire qu'au-dessus d'un certain taux, mais, postérieurement au code, la loi du 23 mars 1855, et en général toutes les lois qui ont institué une publicité, ont indirectement obligé les parties à rédiger un écrit, quelle que soit la valeur de la transaction ; et la vente, qui en principe reste consensuelle, demeure pratiquement impossible ou tout au moins ne peut acquérir toute sa valeur que si elle est consignée dans un écrit. Citons aussi la loi du 12 mars 1900, élaborée en vue de réprimer les abus qui se produisaient dans la vente à tempérament des valeurs à lots : séduits par l'appât

(1) La question s'est posée de savoir si cet écrit était exigé *ad solemnitatem*. La majorité de la doctrine et la jurisprudence pensent que l'écrit n'est obligatoire qu'au point de vue de la preuve.

du gain, certains spéculateurs, ne possédant pas momentanément les fonds nécessaires, s'engageaient vis-à-vis d'agents d'affaires, peu scrupuleux à payer ces titres, qu'ils désiraient immédiatement, en plusieurs termes dont le montant total était bien supérieur à la valeur réelle desdits titres. Pour attirer l'attention de l'acheteur sur les dangers de l'opération, la loi de 1900 est venue exiger dans cette sorte de vente un acte écrit en double original. Chaque original, outre l'indication de sa confection en deux exemplaires, contient les mentions prévues à l'article 2 (1).

Nous nous en tiendrons ici à examiner, d'abord, les lois qui, pour protéger certains contractants, ont soumis à la rédaction d'un écrit des contrats dans lesquels il pourrait se produire une rupture d'équilibre causée par la disproportion de puissance entre les parties, et, ensuite, le développement de l'acte écrit, mode de satisfaction des besoins de notre commerce moderne.

§ 1^{er}. — *La forme écrite et la réglementation
des contrats d'adhésion*

La technique classique suppose une libre discussion des éléments et des clauses du contrat. Or cette libre discussion, en fait, n'existe pas dans certains contrats où une partie, se trouvant dans une situation plus forte que la partie cocontractante, dicte à

(1) Ces mesures se sont révélées en fait insuffisantes et la loi du 14 décembre 1926 a interdit à l'avenir la vente à tempérament des valeurs à lots.

celle-ci ses volontés : ce sont les contrats dits d'adhésion, ou plutôt, comme le fait justement remarquer M. Josserand, les contrats « par » adhésion. C'est le cas du contrat d'assurance terrestre où les compagnies sont économiquement plus puissantes que les assurés ; ceux-ci ne font que signer les polices à eux proposées. Ce peut être aussi le cas du contrat de travail si, par exemple, le patron se trouve en face d'un ouvrier nécessaire. Du fait de cette discordance de situation, des abus peuvent naître et naissent fatalement. Il importe de lutter contre eux ; cette lutte peut s'effectuer au moyen de deux procédés : ou bien les individus les moins forts se grouperont et obtiendront par là le pouvoir de discuter sur un pied d'égalité avec leur adversaire, ou bien le législateur va intervenir pour les protéger. C'est cette seconde solution qui prévaut en pratique. « C'est au législateur, puissance politique, dit M. Ripert, qu'il appartient d'empêcher les abus de la puissance économique » (1). De leur côté, MM. Colin et Capitant écrivent : « C'est à la loi qu'incombe le soin de réglementer les contrats d'adhésion ; elle doit le faire d'une façon plus sévère que pour les autres contrats afin d'empêcher que la partie la plus forte n'impose à l'autre des conditions léonines... » (2).

Ces principes étant posés, nous allons voir comment le législateur a prévenu les abus possibles des contrats d'adhésion au moyen de l'emploi de la forme écrite et de la nécessité de mentionner dans l'acte cer-

(1) RIPERT, *La règle morale dans les obligations*, p. 99.

(2) COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. II, 7^e éd., p. 11.

taines clauses. Etudions sommairement, pour ce faire, la réglementation du contrat d'apprentissage, la pratique et la législation des conventions collectives de travail et la législation des assurances.

Le contrat d'apprentissage a longtemps existé sans être législativement réglementé. Sous l'ancien Droit, les statuts des corporations prévoyaient les clauses relatives à l'apprentissage ; les corporations furent supprimées en 1791, mais il faut attendre 1803 pour voir notre matière recevoir un début de réglementation, très insuffisant d'ailleurs, car les abus des patrons vis-à-vis des apprentis se poursuivirent. La loi du 18 mars 1806, qui créa le premier de nos conseils de prud'hommes à Lyon, et les décrets postérieurs qui développèrent en France cette juridiction spéciale, lui confièrent le soin de trancher les différends entre maîtres et apprentis. Mais ces mesures répressives étaient insuffisantes et un projet de loi fut déposé en 1845 : il demeura sans résultat. Enfin le Ministre de l'Agriculture et du Commerce en 1850 soumit à l'Assemblée Législative un texte exigeant la rédaction d'un écrit, authentique ou non, contenant certaines mentions. Ce texte qui devait devenir la loi du 22 février 1851, incorporée au Livre Premier du Code du Travail, ne conserva pas l'obligation de l'écrit. Sous l'empire de cette réglementation, le contrat d'apprentissage peut être verbal, mais la preuve n'en peut être reçue que conformément aux règles établies par le Code civil (1). Cet état de choses entraî-

(1) Sur l'histoire de l'apprentissage et la loi de 1851, cf. DASSONVILLE, thèse, Caen, 1904, *Le contrat d'apprentissage et son régime légal*.

nait de graves inconvénients : l'apprenti quittait le maître comme bon lui semblait et comme ses parents le lui conseillaient ; surtout, le patron pouvait engager un apprenti et l'astreindre aux mêmes travaux qu'un ouvrier qualifié, tout en lui allouant une rémunération très basse, parfois inexistante, ce qui eût été normal au cas d'apprentissage véritable, mais qui, dans les circonstances réelles, était abusif. L'apprenti n'était pas assez expérimenté pour récriminer et le caractère oral de l'engagement ne permettait pas d'inquiéter le patron. Aussi l'obligation de l'écrit était-elle réclamée, car il permettrait de préciser les conditions de l'accord intervenu, d'en faciliter le contrôle et d'empêcher que l'une des parties ne puisse, sans danger, se soustraire à ses obligations.

La loi du 20 mars 1928, ébauche d'une réforme plus vaste depuis longtemps envisagée pour remédier à la crise de l'apprentissage, crut répondre d'une façon satisfaisante aux réclamations quand, modifiant l'article 2 du Code du Travail, elle disposa : « Le contrat d'apprentissage doit être constaté par écrit, soit par acte authentique, soit par acte sous seings privés. Il est exempt de tous droits de timbre et d'enregistrement. Les honoraires dus aux officiers publics sont fixés à deux francs. Il doit être obligatoirement rédigé dans la quinzaine au plus tard de sa mise à exécution, faute de quoi l'employeur et le représentant de l'apprenti seront passibles de peines de simple police. » La suite de l'article prévoit le cas où le contrat sera rédigé par acte sous seings privés : il faudra alors en faire trois exemplaires, un pour chaque partie, le troisième étant remis au maire qui

le transmettra au greffier du conseil de prud'hommes ou, à défaut, au greffier de paix, de façon à assurer la publicité de l'accord intervenu. L'article 3 nouveau du Code du travail indique les mentions que devra contenir cet écrit et notamment « l'indication des cours professionnels que le chef d'établissement s'engage à faire suivre à l'apprenti » (1).

Le texte rapporté ci-dessus a soulevé de nombreuses critiques. Déjà au Sénat, on fit remarquer que le mot « obligatoirement » était équivoque car l'écrit n'est sûrement pas exigé *ad validitatem*, puisque cet écrit peut intervenir dans les quinze jours de la mise à exécution du contrat. M. Voirin s'est attaché à montrer dans une chronique au *Dalloz* la faillite de cette innovation (2). Il faut reconnaître que la sanction pénale du défaut d'écrit est une mesure peu heureuse. Il serait préférable, ainsi que le dit M. Voirin, de prescrire l'écrit à peine de nullité. Le Conseil Supérieur du Travail a émis un vœu en ce sens en 1930.

Après avoir fait son apprentissage, l'ouvrier va chercher du travail, normalement rémunéré. Mais, là encore, il va falloir intervenir pour le protéger. Dans la grande industrie, il est évident que l'ouvrier, laissé à lui-même, n'est pas en mesure de discuter librement le règlement d'atelier auquel il sera soumis et la paye qui lui sera allouée. Le patron lui-même ne peut discuter un à un les contrats de travail et il offre

(1) Voir le texte de la loi au *J. O.* du 22 mars 1928.

(2) D. H. 1931, p. 29 : Un nouvel aspect de la protection pénale des contrats : *La sanction pénale du défaut d'écrit en matière d'apprentissage*. — Cf. aussi : PIC, *Traité élémentaire de législation industrielle*, 6^e éd. 1930, p. 883.

le même régime aux ouvriers de la même spécialité. Dans la petite industrie c'est la concurrence qui empêche la libre discussion du contrat : l'ouvrier est obligé de plier à cause des moindres prétentions offertes par d'autres que lui, et le patron, de son côté, ne peut donner à ses subordonnés des conditions plus avantageuses que celles offertes par ses concurrents, sous peine de se placer vis-à-vis de ceux-ci dans un état d'infériorité économique. Le législateur est intervenu très tôt en cette matière. Dans l'ancien Droit la question ne se posait pas puisque les statuts des corporations réglementaient pour tout le monde l'entrée dans une profession déterminée. Mais la Révolution établit la liberté du travail et dès l'an XI, la loi du 22 germinal, dans son article 15, vint interdire l'engagement des simples ouvriers pour plus d'un an à moins que les conditions du travail ne soient contenues dans un acte « exprès ». On recourait déjà à l'emploi de la forme écrite pour faire réfléchir l'ouvrier sur son engagement. Puis vint l'article 1780 du Code civil qui, en particulier, interdit les engagements à vie. Cette intervention était vraiment insuffisante. Le principal effort devait venir des groupements ouvriers, mais ceux-ci furent pendant longtemps interdits. Ce sont les lois de 1864, établissant la possibilité et la liberté des coalitions, et du 21 mars 1884 autorisant les associations professionnelles ou syndicats, qui ont permis aux ouvriers de « librement se concerter pour l'étude et la défense de leurs intérêts ». Et ce fut l'œuvre la plus utile des syndicats ouvriers de conclure avec le patron ou les groupements patronaux ce qu'on a appelé des con-

ventions collectives de travail, ayant pour but de réglementer les conditions du travail. La validité de ces conventions n'a jamais été mise en doute, mais certains points étaient discutés. Pour couper court aux controverses, le législateur intervint, et, ce qui nous intéresse, il fit de la convention collective de travail un contrat solennel. La loi du 25 mars 1919 complétant le titre II, Livre I du Code du travail, dispose en effet : article 31 c « La convention collective de travail doit être écrite, à peine de nullité. » La loi n'assujettit d'ailleurs cet écrit à aucune forme particulière (1).

Remarquons en outre que l'article 31 c poursuit : « elle n'est applicable qu'à partir du jour qui suit celui de son dépôt soit au secrétariat du conseil des prud'hommes du lieu où elle a été passée, soit à défaut de secrétariat de conseil de prud'hommes, ou si les parties le stipulent, au greffe de la justice de paix de ce lieu... » Cette publicité est donc une formalité exigée *ad validitatem*. Elle est d'ailleurs considérée comme effectuée lorsque la convention a été dressée par le juge de paix, ce qui a lieu souvent quand la convention intervient à la suite d'une grève. Mais nous sommes là en présence d'une autre sorte de contrat solennel : le contrat judiciaire (article 31 c *in fine*) (2).

(1) En ce sens, Cass., Ch. civ., 1^{er} mai 1923 (D. 1923.1.66).

(2) Sur l'appréciation critique de la loi et les projets de réforme, cf. LAUTAUD, *Les conventions collectives du travail et la loi du 25 mars 1919*, thèse, Paris, 1924, pp. 102 et s. — PIC, *op. cit.*, pp. 873 et s.

On comprendra mieux l'importance de cette nouvelle solennisation quand on se rappellera le développement considérable pris par les conventions collectives de travail, principalement dans les industries du bâtiment, du livre, du travail vinicole (1).

Nous arrivons maintenant à la forme la plus pure du contrat d'adhésion : Le contrat d'assurance terrestre. « Le contrat d'assurance est au premier chef un contrat d'adhésion, c'est-à-dire un contrat dans lequel, par suite de la différence de la situation économique des contractants, l'un d'eux peut imposer ses conditions à l'autre » (2). En fait l'assuré se borne à signer la formule qui lui est présentée. Or ici le groupement des assurés est matériellement impossible, c'est donc essentiellement à la loi qu'il appartient d'intervenir. Les tribunaux eux-mêmes ont cherché le plus possible à protéger les assurés en luttant contre les clauses imprimées des polices, qui, écrites souvent en caractères très fins, renfermaient de multiples causes de déchéance. Les juges ont interprété ces clauses en faveur de l'assuré et ils n'en ont pas tenu compte quand elles étaient en contradiction avec les clauses manuscrites, mais il leur était impossible d'aller plus loin (3).

La loi est d'abord intervenue pour contrôler la gestion des sociétés d'assurances et de nombreux textes se rencontrent dans les recueils en ce sens (lois du

(1) Cf. DE VILLEMANDY, *Le développement numérique des conventions collectives en France*, thèse, Paris, 1927.

(2) COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. II, 7^e éd., p. 735.

(3) Cf. E.-H. PERREAU, *Clauses manuscrites et clauses imprimées* (*Revue Tri. de Droit civil* 1927, p. 303).

4 juillet 1900, 17 mars 1905, 19 décembre 1907, 21 mai 1921, décrets du 8 mars 1922 et du 27 juillet 1922) (1).

Mais toutes ces mesures ne protégeaient que bien indirectement l'assuré. M. Munteano résume bien la situation quand il écrit : « Certes l'état s'était réservé depuis longtemps un droit de contrôle et de regard sur les opérations des sociétés d'assurances privées. Mais la grande loi du 13 juillet 1930 est venue en quelque sorte codifier le droit qui régit les contrats d'assurances. Quelques innovations importantes ont de plus corrigé les abus intolérables que la jurisprudence seule était impuissante à réformer » (2). Quelles sont ces innovations ? Les articles 8 et 9 de la loi du 13 juillet 1930 nous répondent :

Art. 8 : « Le contrat d'assurance est rédigé par écrit, en caractères apparents. Il peut être passé devant notaire ou fait sous seing privé ».

Art. 9 : « Le contrat d'assurance est daté du jour où il est souscrit. Il indique :

- les noms et domiciles des parties contractantes ;
- la chose ou la personne assurée,
- la nature des risques garantis,
- le moment à partir duquel le risque est garanti et la durée de cette garantie,
- le montant de cette garantie,
- la prime ou la cotisation de l'assurance,

(1) Ce contrôle a d'ailleurs continué après la loi de 1930 : cf. par exemple les lois du 12 février 1931 et du 4 février 1932.

(2) MUNTEANO, *De la formation du contrat d'assurance*, thèse. Paris, 1932, p. 6.

les clauses des polices édictant des nullités ou des déchéances ne sont valables que si elles sont mentionnées en caractères très apparents. »

Ces deux articles font donc du contrat d'assurance un contrat formaliste (1). Mais en quel sens convient-il d'entendre l'exigence de l'écrit et des mentions requises par l'article 9 ? La majorité de la doctrine admet que le contrat d'assurance se constitue toujours par le simple échange des consentements (2) : les articles 8 et 9 sont placés en effet sous la rubrique de la « preuve » du contrat ; d'autre part l'article 7 dispose que la police ou la note de couverture « constate » l'engagement des parties ; s'il ne s'agit que de simple constatation, c'est que le contrat existait déjà auparavant. L'écrit n'est donc requis que *ad probationem*, et il interdit désormais la preuve testimoniale ou par présomptions, même si la valeur du litige est inférieure à 500 francs ; les articles 1347 et 1348 du Code civil ne peuvent jouer en cette matière ; seuls peuvent suppléer à l'écrit le serment décisoire et l'aveu, même extrajudiciaire, pourvu qu'il soit renfermé dans un écrit. On appuie aussi cette solution en rappelant que l'article 332 du Code de commerce relatif à la formation du contrat d'assurance maritime, rédigé dans les mêmes termes que l'article 8, a été

(1) Sur l'étude des prescriptions de l'article 9 de la loi du 13 juillet 1930, cf. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, t. XI, pp. 576 et s.

(2) Cf. MUNTEANO, *op. cit.*, p. 139. — COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. II, p. 744 et dans *Revue Générale des assurances terrestres* 1930, p. 752. — PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, t. XI, p. 576. — La question ne faisait pas de doute avant la loi de 1930.

semblablement interprété (1). Or, poursuit-on, la matière des assurances terrestres est restée longtemps sans recevoir de réglementation légale et il était d'usage, quand une contestation naissait à son sujet, d'étendre les règles édictées par le Code de commerce relativement à l'assurance maritime. La loi de 1930 n'a pu, sans le dire d'une manière non équivoque, exiger un formalisme plus rigoureux pour l'assurance terrestre que pour l'assurance maritime.

M. Josserand, au contraire, est d'avis que l'écrit est requis pour l'existence même du contrat et il se fonde, pour ce faire, sur les arguments suivants : la forme impérative de l'article 8 qui exige un écrit et qui n'admet de dérogation au contrat primitif qu'au moyen « d'un avenant signé des parties » ; comment, dès lors, pourrait-on admettre pour l'acte modificatif plus de solennité que pour l'acte principal ? D'autre part, la loi ordonne que la police soit rédigée en caractères apparents et les clauses édictant des déchéances et des nullités en « caractères très apparents » : ces exigences, destinées à protéger l'assuré, resteraient lettre morte, si on pouvait conclure le contrat oralement (2). A ces raisons juridiques, nous ajouterons une raison sociale : il nous semble difficile de placer sur un niveau identique l'assurance maritime et l'as-

(1) Article 332 du Code de commerce : « Le contrat d'assurance est rédigé par écrit... » Les auteurs de droit maritime admettent que l'écrit n'est exigé qu'au point de vue de la preuve et que le contrat reste consensuel. Cf. DANJON, *Manuel de Droit maritime*, 2^e éd., p. 447. — RIPERT, *Droit maritime*, t. III, 3^e éd., p. 434.

(2) JOSSERAND, *Cours de Droit civil positif français*, t. II, 2^e éd., 1933, pp. 718 et s.

assurance terrestre ; les compagnies maritimes sont généralement assez puissantes pour discuter librement avec les compagnies d'assurances, mais il n'en est pas de même pour l'assurance terrestre, où un individu, le plus souvent isolé, se trouve en face de l'assureur et on comprendrait que le législateur, dans l'assurance terrestre, veuille protéger plus efficacement l'assuré.

Quoiqu'il en soit, il ne s'agit ici que d'une question de degré, car l'écrit exigé pour la preuve de l'acte comme l'écrit requis pour sa validité, rentrent tous deux dans la conception que nous nous sommes faite du « formalisme ».

C'est donc en ayant recours à un formalisme, d'ailleurs peu compliqué, que le législateur a cru contrebalancer la discordance de situation entre les parties à l'acte et les conséquences désastreuses qu'elle entraînait à l'égard de la libre discussion de celui-ci.

Nous allons voir maintenant comment l'utilisation d'un formalisme bien compris va se révéler protectrice des intérêts des individus en satisfaisant aux besoins du commerce moderne.

§ 2. — *Le développement de la forme écrite en droit commercial*

Comme pour les sociétés civiles, l'exigence de l'écrit se retrouve pour les sociétés commerciales (articles 39 et 41 du Code de commerce, article 21 de la loi du 24 juillet 1867, article 4 de la loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée). La vente d'un navire, les conventions pour le louage d'un vaisseau,

le contrat à la grosse réclament aussi la rédaction d'un écrit (articles 195, 273 et 311 du Code de commerce). Il faut, ici encore, mentionner les lois sur la publicité qui, indirectement, soumettent les actes à la forme écrite.

Mais ce qui va nous préoccuper surtout, c'est le développement des titres négociables et des effets de commerce.

Le Code de 1807 nous présentait déjà deux sortes de titres négociables : le titre nominatif et le titre au porteur. La formalité essentielle du titre nominatif réside dans l'inscription du nom du titulaire sur les registres de la société émettrice, mais il est délivré à celui-ci un certificat, pratiquement indispensable. Quant au titre au porteur, aucune forme déterminée n'est requise. Toutefois, il faut bien que le papier, qui le constate, soit revêtu de certains signes écrits et, pratiquement, on mentionne sur le titre le nom du débiteur, la somme prêtée, la cause de l'obligation... Le débiteur appose aussi sa signature, formalité paraissant indispensable ; cependant elle n'existe pas toujours sur les coupons, mais l'identité de ceux-ci se reconnaît à certains dessins difficiles à imiter. Le titre au porteur ne peut pratiquement exister sans ces écritures, et cela nous permet de conclure à son caractère formaliste.

La loi du 4 avril 1926 (art. 17 à 23) a créé une troisième catégorie de titres : les titres à ordre. Il était d'ailleurs possible avant cette loi d'insérer une clause à ordre dans les valeurs mobilières, tant civiles que commerciales, mais cette forme était peu développée et on lui préférait la forme au porteur, plus facile à

soustraire aux exigences du fisc ; et c'est justement pour accroître les ressources fiscales que la loi de 1926 a voulu favoriser le développement de la clause à ordre. Quoiqu'il en soit ce titre est lui aussi un titre formaliste puisque l'emploi de la clause à ordre implique nécessairement la forme écrite.

Quant aux effets de commerce, l'article 110 prévoit les conditions de forme d'émission de la lettre de change et l'article 188 celles du billet à ordre. L'emploi obligatoire de l'écriture qui résulte de ces prescriptions fait de ces effets de commerce des actes formalistes. « Le titre est indispensable, c'est un élément de solennité ; la créance doit s'incorporer dans un instrument rédigé d'une certaine manière » (1). Mais les mentions exigées par les articles ci-dessus indiqués n'étant pas toujours requises sous peine de refuser à l'acte toute valeur juridique, nous devons dire que ces actes sont solennels, mais d'une solennité amoindrie, jugement d'ailleurs corroboré par la simplicité même des formalités exigées (2).

Les titres négociables et les effets de commerce sont susceptibles de diverses conventions, notamment de conventions de transmission. Le transfert des titres nominatifs, modifié et simplifié par la loi du 26 mars 1927 (art. 36 à 54) et l'endossement des titres à ordre, quelque opinion à laquelle on se rallie sur la nature de ces opérations, n'en restent pas moins des actes formalistes, au sens où nous l'entendons ici, puisque

(1) THALLER, *Traité élémentaire de Droit commercial*, 7^e éd., n° 1309. — Cf. aussi LYON-CAEN et RENAULT, t. III, 5^e éd., p. 8. — LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, t. II, n° 1179.

(2) LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, t. II, n°s 1191 et s.

certaines mentions écrites sont toujours nécessaires à leur réalisation (1).

Or ces actes formalistes se sont développés au cours du xix^e et du xx^e siècles parallèlement au développement du commerce et de l'industrie. En cette matière, la pratique a précédé et préparé la loi. Les nécessités commerciales ont exigé à la fois la rapidité et la sécurité des transactions ; elles ont aussi réclamé l'accroissement des possibilités de crédit. Pour satisfaire ces besoins, le législateur a institué les chèques et les warrants : tels sont les exemples que nous voudrions brièvement commenter pour illustrer notre affirmation.

1. *La création et le développement du chèque.* — Les inconvénients du transport de numéraire ont incité de bonne heure les individus à chercher un autre moyen de régler leurs transactions (2). C'est en Angleterre, pays où apparurent très tôt les institutions bancaires, que les banquiers prirent d'abord l'habitude de délivrer à leurs clients des formules en blanc, que ceux-ci pouvaient remplir de façon à retirer ou à faire retirer les sommes qui étaient inscrites à leur nom. En France la pratique connut aussi un instrument analogue, mais la jurisprudence était divisée sur le caractère juridique à attribuer à ce titre. Les efforts législatifs en vue d'une réglementation du chèque ne

(1) Dans l'acceptation et l'aval des effets de commerce, de même, l'écriture est exigée *ad validitatem*. — Cf. LACUR et BOUTERON, *op. cit.*, t. II, n^{os} 1255 et 1273.

(2) Sur l'origine du chèque, cf. BOUTERON, *Le Chèque*, Paris, 1924, pp. 1 et s.

se concrétisèrent que le 14 juin 1865 (1). Depuis lors, le chèque a pris un grand essor, explicable par les facilités qu'il procure ; mais ces avantages ne vont pas sans dangers et la loi a dû se préoccuper de donner la sécurité nécessaire aux porteurs de chèques...

Après avoir vu le caractère formaliste du chèque, nous dirons pour quelles raisons ce titre s'est développé.

Le chèque est un titre formaliste. Cela résulte de l'article premier de la loi du 14 juin 1865 : « Le chèque est l'écrit... » Cet écrit est soumis à l'accomplissement de certaines mentions, prévues par la suite de cet article, modifié par la loi du 19 février 1874. Ces mentions sont les suivantes :

1° l'indication du lieu et de la date d'émission. On exige l'indication du lieu d'émission pour pouvoir calculer le délai de présentation du chèque au paiement, délai qui varie de cinq à huit jours selon que le chèque est tiré sur la même place ou sur une place différente. Quant à la date, il est nécessaire de la connaître pour apprécier la capacité du tireur et pour savoir le point de départ du délai de présentation. La loi de 1874 a requis l'inscription de la date d'émission en toutes lettres quand le chèque est tiré de place à place. La sanction de ces prescriptions, inscrite dans le nouvel article 6 (premier et deuxième alinéas) de la loi de 1865, consiste en une simple amende. La fausseté de la date d'émission ne saurait entraîner une influence quelconque sur la nature du titre ; si

(1) Le chèque ne constitue pas par sa nature un acte de commerce, mais ce sont les commerçants qui l'emploient le plus.

celui-ci réunit les autres conditions nécessaires, il reste bien un chèque ; cette solution est heureuse : si, en effet, le chèque, faussement daté, était transformé en une simple promesse de paiement, le porteur de bonne foi serait privé du recours contre les endosseurs et cela nuirait à la sécurité des rapports commerciaux.

2° la désignation du tiré. Cette désignation est essentielle et on ne conçoit pas un chèque sans elle.

3° la désignation du bénéficiaire. A ce sujet, la loi de 1865 offre trois sortes de chèques : le chèque au porteur, à personne dénommée ou à ordre. On estime en général que le tireur doit expressément faire connaître la forme qu'il choisit. Toutefois, si le titre ne prévoit rien à ce sujet, on admet que le chèque est au porteur.

4° l'ordre pur et simple de payer à vue une somme déterminée d'argent. L'ordre doit être pur et simple quant aux personnes c'est-à-dire qu'il n'est pas possible de subordonner le paiement du chèque à l'accomplissement d'une prestation par le porteur ou le tiré ; quant au temps c'est-à-dire que le chèque est un titre payable à vue et toute stipulation contraire serait nulle de plein droit (article 1^{er}, dernier alinéa). Enfin l'ordre doit se référer à une somme d'argent déterminée ; cela résulte des termes employés par la loi qui prévoient le retrait « de tout ou partie des fonds ». En pratique on mentionne deux fois la somme à payer, en chiffres dans le haut du titre et en toutes lettres dans le corps du chèque.

5° la signature du tireur. Cette formalité, bien que non indiquée par la loi, est essentielle puisque le

chèque est un acte sous signature privée ; aucune forme n'est requise pour cette signature ; le tireur pourra donc employer le mode de signature qu'il voudra pourvu que le tiré en ait connaissance.

Les auteurs admettent qu'au cas où le chèque est rédigé en plusieurs exemplaires, ce qui peut être utile pour parer aux risques de perte consécutifs à un lointain voyage du titre, il faille mentionner le nombre de duplicata.

Remarquons que la loi française n'exige pas que le titre porte expressément la qualification de « chèque », ni la mention de la valeur fournie. D'autre part, le chèque peut être tiré sur une personne quelconque possédant des fonds disponibles pour le tireur (1).

Consécutivement aux conditions de forme ci-dessus énumérées et aux diverses sanctions qui peuvent résulter de leur omission, nous devons conclure au caractère solennel assoupli du chèque. Pratiquement d'ailleurs, les tireurs emploient des formules délivrées par les banquiers et dans lesquelles ils n'ont qu'à remplir les blancs.

Pour rendre le chèque d'un usage courant, il fallait lui permettre de circuler facilement. Nous avons vu que ce titre pouvait être souscrit à personne dénom-

(1) Sur les conditions de forme d'émission d'un chèque et ses sanctions, cf. BOUTERON, *op. cit.*, pp. 155 et s. et pp. 217 et s. — WAHL, *Précis élémentaire et pratique de Droit commercial* 1922, n° 2069 et s. — LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, t. II, n° 1445, 1450 et 1459.

Sur l'étude critique de ces formalités, cf. TOUZET, *Le chèque d'après la nouvelle législation*, thèse, Paris, 1920. — ADLER, *Des modifications susceptibles d'être apportées à la législation actuelle du chèque*, thèse, Paris, 1931.

mée, à ordre ou au porteur. La transmission du chèque à personne dénommée est soumise aux formalités de l'article 1690 du Code civil, auxquelles les auteurs attachent généralement la qualité de formalités publicitaires. Quant au chèque à ordre, il se transmet naturellement par voie d'endossement ; à cet égard, la loi de 1865 permet la transmission par voie d'endossement en blanc, c'est-à-dire que la simple signature de l'endosseur suffit à opérer la translation. Nous sommes donc là en présence d'une transmission abstraite puisqu'on ne tient pas compte de sa cause. Remarquons qu'il serait possible, à condition d'une déclaration expresse, d'effectuer un endossement pignoratif, servant à constituer un nantissement, ou un endossement de procuration servant à faire encaisser le chèque. Toutes ces transmissions constituent donc des actes formalistes puisqu'elles exigent des formalités écrites dont la plus simple est la seule signature de l'endosseur (1).

Après avoir constaté le caractère formaliste du chèque, il nous faut dire maintenant quelques mots sur son étendue : ce sera un argument en faveur de la renaissance du solennisme en Droit moderne. Le chèque a pris un grand essor depuis sa première réglementation légale, essor dû à la fois au succès que ce titre a rencontré dans la pratique et à la bienveillance du législateur à son égard. Il est peu de personnes, en effet, mêlées au monde des affaires, qui ne manient constamment cette forme de paiement sans transport de numéraire. Mais, si le chèque a pu ainsi

(1) Le chèque au porteur se transmet par la tradition et présente de grandes analogies avec le billet de banque.

se développer, c'est que le législateur a su lui donner une sécurité toujours plus grande et un champ d'application toujours plus étendu.

Déjà les lois de 1865 et de 1874 avaient prévu une sanction à l'égard du tireur qui émettait un chèque sans provision. Cependant, il restait sur ce point des lacunes, et devant le peu de scrupules, révélé par la pratique, de la part de certains émetteurs de chèques, la loi du 12 août 1926 a dû augmenter les cas où une peine est applicable et accroître la sévérité de cette peine. Désormais l'insuffisance de la provision, la défense faite au tiré de payer sont assimilées au défaut total de provision et l'art. 405 du Code pénal relatif à l'escroquerie est applicable ici, l'amende ne pouvant être inférieure à la moitié du montant du chèque. Mais on a conservé, justement croyons-nous, la nécessité de la mauvaise foi du tireur.

D'autre part cette même loi de 1926 a supprimé une controverse qui s'était élevée en décidant que le chèque n'entraîne pas novation. La créance originaire subsiste donc avec toutes les garanties attachées à elle jusqu'à ce que le chèque soit payé.

Il est certain qu'avec de telles mesures les créanciers peuvent sans grand danger accepter un chèque en paiement de leur dû.

C'est aussi pour donner à ce titre plus de sécurité que les lois du 30 décembre 1911 et 26 janvier 1917 sont venues créer et réglementer chez nous le barrement. Le chèque barré est un titre formaliste puisqu'il est soumis aux conditions d'émission du chèque ordinaire et contient en outre deux traits parallèles, signifiant que le paiement de ce chèque ne peut être

fait qu'à un banquier par un banquier (article 8 de la loi du 14 juin 1865). C'est là ce qu'on appelle le barrement général ; et, si le nom d'un banquier déterminé est inscrit entre ces deux barres, le paiement ne pourra se faire qu'à ce banquier (barrement spécial). Le barrement évite les risques de vol et de perte car, les banquiers se connaissant en général les uns les autres, il sera le plus souvent impossible au voleur de se présenter avec succès chez le tiré avec un pareil titre.

Le barrement entraîne aussi une simplification car les banquiers étant souvent en relations d'affaires réciproques, le paiement s'effectuera par un simple jeu d'écriture. La loi précitée de 1917 a facilité le barrement en assimilant dans ce cas les agents de change aux banquiers. En outre cette loi a voulu développer le paiement par virement en dispensant du droit de timbre l'addition sur le chèque, lors de sa présentation à l'encaissement, de la domiciliation pour paiement à la Banque de France, le porteur ne pouvant s'y opposer si le chèque est barré et si la domiciliation a lieu à la Banque de France sur la même place. Ajoutons que tout transport de numéraire pourra être évité si le tireur stipule que le règlement du chèque s'effectuera en compte, par virement ou par l'intermédiaire d'une chambre de compensation.

Enfin pour intensifier l'usage du chèque, l'Etat a permis le paiement de certaines de ses créances et de certains impôts au moyen de ce titre. La loi du 28 août 1924 a, en outre, autorisé et réglementé le paiement par chèque des effets de commerce. Le légis-

lateur a créé aussi un nouveau mode de chèque, le chèque postal, destiné à rendre les plus grands services. En mentionnant encore le régime fiscal bienveillant auquel sont soumis les chèques, on comprendra pourquoi la pratique a fait bon accueil à ce mode de paiement.

2. *Le développement des facultés de crédit facilité par la création de titres formalistes : les warrants.* — L'essor industriel et commercial à la fin du siècle dernier et au début du nôtre a nécessité de la part du législateur d'importantes mesures relatives au développement du crédit. Il importait de fournir à nos nationaux les moyens indispensables pour concurrencer et supplanter sur notre marché les entreprises étrangères. C'est du développement des facultés de crédit que sont nés les warrants. Après avoir constaté l'état actuel de la législation sur ces titres, nous verrons en quoi consiste leur formalisme.

Les premiers warrants furent créés par la loi du 28 mai 1858 qui réglementa la pratique des magasins généraux. L'obligation pour les commerçants et les industriels de constituer des stocks entraînait des frais considérables. On a constitué, pour pallier à cet inconvénient, des « magasins généraux », grands locaux destinés à recevoir des marchandises. Ces établissements se rencontrent surtout dans les ports où ils servent à l'entrepôt des marchandises importées. Mais ces dépôts représentent un capital improductif et le législateur a cru bon d'établir un moyen d'emprunt sur les marchandises ainsi emmagasinées : ce fut l'origine des warrants.

Cette institution connut un certain succès puisque le législateur l'étendit à d'autres hypothèses qui avaient retenu son attention. Pour permettre aux agriculteurs d'acquérir un outillage moderne, les lois du 18 juillet 1898 et du 30 avril 1906 ont créé le warrant agricole. Ce titre permet aux cultivateurs d'emprunter sur les produits agricoles ou industriels de leur exploitation, qui ne sont pas immeubles par destination, et sans être obligés de s'en dessaisir (article 1^{er} de la loi de 1906). Remarquons que cet emprunt est un acte civil.

Ce fut ensuite dans l'hôtellerie que se manifesta la nécessité d'un développement des facultés de crédit. Devant l'essor du tourisme qui amenait chaque année en France de nombreux visiteurs étrangers, il était urgent pour les hôteliers de moderniser leur matériel afin de satisfaire et d'attirer la clientèle. C'est dans ce but que la loi du 8 août 1913 institua le warrant hôtelier, permettant à tout exploitant d'hôtel à voyageurs d'emprunter sur le mobilier commercial, le matériel et l'outillage servant à son exploitation, sans dépossession. La loi du 17 mars 1915 a facilité la pratique du warrant hôtelier en décidant que les éléments corporels de l'exploitation pourraient être warrantés, même s'ils étaient devenus immeubles par destination, situation fréquente en pratique et à laquelle la loi de 1913 n'avait point songé.

La loi du 30 mars 1928 a imposé aux entreprises pétrolières de lourdes charges rendues obligatoires pour les besoins de la défense nationale. Seules peuvent importer les hydrocarbures les entreprises ayant reçu l'agrément du gouvernement, en échange de

quoi l'importateur doit constituer un stock de réserve, égal pour chaque produit au quart des quantités livrées par lui à la consommation pendant les douze mois précédents. Ce stockage impose une lourde immobilisation de capital, charge encore aggravée du fait de la crise économique actuelle et c'est pour pallier à cet inconvénient que la loi du 21 avril 1932 a institué le warrant pétrolier, destiné à permettre des emprunts sur les marchandises ainsi entreposées.

Les warrants sont donc susceptibles de trouver en pratique un champ d'application assez considérable, nous permettant de les prendre en exemple du développement moderne du formalisme, quand nous aurons montré que ces titres appartiennent à la catégorie des actes solennels, largement entendue.

Le warrant est un effet de commerce, imité de ceux que nous avons déjà rencontrés et, comme tel, il se manifeste sous la forme d'un écrit sur lequel sont consignées certaines mentions. Nous n'entrerons pas ici dans le détail des indications que doivent comporter les warrants et nous renvoyons à cet égard aux articles 1^{er} (deuxième alinéa) et 2 de la loi du 28 mai 1858, à l'article 3 de la loi du 30 avril 1906, à l'article 3 de la loi du 8 août 1913, aux articles 2 et 3 de la loi du 21 avril 1932 (1). Nous avons déjà dit que des prescriptions semblables rendent formalistes, mais d'un formalisme assoupli, les actes qui y sont soumis.

(1) On trouvera un modèle de warrant pétrolier au *Journal des Notaires* de 1932, dans la partie consacrée aux « formules et documents usuels », p. 51,

Ce que nous noterons ici et ce qui différencie les warrants des autres effets de commerce, c'est que leur création nécessite le concours d'un tiers, en l'occurrence le greffier du tribunal de commerce pour les warrants hôtelier et pétrolier, le greffier de justice de paix pour le warrant agricole et les fonctionnaires des magasins généraux pour les warrants institués par la loi de 1858. C'est sous la dictée des intéressés que ces personnes établissent le titre qui deviendra un warrant. Toutefois l'article 4 de la loi du 30 avril 1906 prévoit le cas où le warrant agricole est établi par les parties elles-mêmes mais en ce cas le warrant n'est opposable aux tiers qu'après inscription au greffe de la justice de paix.

Le législateur a pris le soin de rendre ces titres facilement négociables : le warrant constitue un titre à ordre se transmettant par endossement (article 5 de la loi du 28 mai 1858, article 10 de la loi du 30 avril 1906, article 5 de la loi du 8 août 1913, article 8 de la loi du 21 avril 1932). Nous remarquons que ces articles soumettent l'endossement à l'inscription de certaines mentions, mais jamais l'endossement ne doit énoncer sa cause, ce qui fait de ce mode de transmission un acte abstrait.

Le formalisme s'est donc développé en droit commercial sous une forme essentiellement simple et pratique (1). Cette simplicité a encore été accrue par le

(1) Cf. encore : DUEZ, *de la renaissance de l'acte abstrait dans les obligations*, thèse, Lille, 1914. — CASSIN, *La cause des obligations* d'après le livre de M. CAPITANT (*Revue Tri. de Dr. civ.* 1923, p. 345).

Pour l'extension de l'acte abstrait en Droit civil, cf. DIKOFF,

législateur, quand il n'en devait résulter aucun inconvénient. Ce fut le cas de la loi du 8 février 1922. Dans son rapport à la Chambre des Députés, M. Serre disait : « ...on est forcé de constater que certaines dispositions de notre législation n'ont plus la souplesse voulue, pour répondre aux besoins nouveaux de notre commerce et de notre industrie. La réglementation de la lettre de change en est un exemple frappant... ; une jurisprudence constante a dû consacrer nombre de pratiques qui ne sont pas conformes aux volontés du législateur » (Rapport à la Chambre des Députés, session de 1916, annexe 1992). La loi de 1922 reprend d'ailleurs les solutions qui avaient été admises à la Conférence de La Haye. Si son article 1^{er} ajoute la date et la signature aux autres mentions relatives à l'émission d'une lettre de change, il ne fait que consacrer une pratique antérieure ; la traite étant d'ailleurs un acte sous signature privée, l'obligation de la signature est évidente.

L'article 2 de la loi supprime le 7^e alinéa de l'article 110 du Code de commerce qui prévoyait la mention dans la lettre de change de la valeur fournie. C'était là une nécessité de pur formalisme car il

Les actes juridiques abstraits et le Code civil français (Revue Tri. Dr. div. 1932, p. 327. La loi 13 juillet 1930, dans son article 10, a permis l'endossement, même en blanc, des polices d'assurances autre que celles sur la vie.

Signalons enfin les projets d'unification internationaux relatifs aux effets de commerce et qui, s'ils réussissaient, engendreraient encore un développement de ceux-ci. — Cf. BEAUCÉ, *De l'unification des législations au point de vue des conflits de lois en matière de lettre de change et de billet à ordre*, thèse, Paris, 1932.

importe peu aux porteurs de la traite et même au tiré de connaître la cause de la créance du preneur sur le tireur. D'ailleurs, en pratique, cette obligation était remplie d'une manière fantaisiste et on se contentait d'inscrire des formules toutes faites : valeur reçue, valeur entendue... Et nous avons vu que la loi de 1865 sur le chèque n'avait pas requis cette mention.

Quant à l'article 3 de la loi du 8 février 1922, il abroge la prohibition de l'article 113, lequel disposait : « La signature des femmes et des filles, non négociantes ou marchandes publiques, sur lettres de change ne vaut à leur égard, que comme simple promesse. » C'était le dernier vestige en Droit privé de l'ancienne incapacité relative au sexe et sa suppression répond à l'évolution des mœurs.

L'article 116 du Code de commerce ainsi complété : « la propriété de la provision est transmise de droit aux porteurs successifs de la lettre de change », ne nous intéresse pas ici particulièrement, mais il n'en est pas de même du nouvel article 137 qui ne requiert désormais qu'une seule forme pour la validité de l'endossement : la signature de l'endosseur. Antérieurement à la loi de 1922 l'endossement en blanc ne valait que comme procuration, mais tout le monde s'accordait à ne voir là qu'une simple présomption ; dès lors, dit M. Serre dans son rapport précité « puisqu'il ne dépend que de la volonté du porteur de donner à l'endossement en blanc la portée de l'endossement régulier, par l'inscription des mentions exigées par le Code, pourquoi ne pas toujours présumer cette volonté et considérer la simple signature comme translatrice de propriété ? » C'est ce vœu qu'a réalisé la présente loi,

étant entendu que l'endosseur, lorsqu'il voudra donner une simple procuration, pourra toujours concrétiser son désir au moyen d'une déclaration expresse (article 138 nouveau). L'endossement de la traite devient donc un acte abstrait.

En étendant ces diverses prescriptions au billet à ordre, la loi du 8 février 1922 a donc entraîné une notable simplification dans le formalisme, déjà assoupli, des effets de commerce.

Tels sont les procédés formalistes, réduits le plus souvent au strict minimum, par lesquels la loi a entendu protéger les parties aux actes juridiques et les intérêts du commerce moderne.

Le législateur contemporain a subi l'influence de l'accroissement des rapports sociaux et des conséquences qu'ils entraînent. Notamment il a dû se préoccuper de protéger les intérêts des tiers, c'est-à-dire des individus auxquels la méconnaissance de certains actes juridiques serait susceptible de porter préjudice. Le moment est venu d'examiner le développement de la publicité.

CHAPITRE II

LE DEVELOPPEMENT DES FORMALITÉS PUBLICITAIRES

La publicité, largement entendue, se rencontre aujourd'hui dans toutes les branches de l'activité humaine. Les murs de nos villes, parfois nos sites les plus pittoresques témoignent de la faveur que ren-

contrent, auprès des entreprises commerciales, les réclames destinées à être vues du grand public. Ce n'est pas ce genre de publicité dont nous avons à nous occuper ici ; cete étude étant limitée au Droit privé, c'est dans ce cadre qu'il nous appartient de donner un aperçu du développement des formalités publicitaires. Nous avons déjà dit que les actes juridiques soumis à publicité présentent un caractère formaliste quand cette publicité est effectuée ou requise par les auteurs de l'acte ; nous avons reconnu aussi le degré inférieur de ce formalisme car les formalités publicitaires sont simples et leur inobservation entraîne rarement la nullité de l'opération (1). Si la publicité est destinée avant tout à protéger les intérêts des tiers, il convient aussi de remarquer les avantages qu'en tireront les parties elles-mêmes : en donnant aux actes qu'elles réalisent la publicité qui convient, elles assurent à ces actes leur pleine valeur en les rendant opposables à tous.

Les formalités publicitaires, telles qu'on les conçoit actuellement, c'est-à-dire par inscription sur des registres, par affiches et journaux sont d'origine relativement récente. Déjà en 1804 et en 1807 le Code civil et le Code de commerce avaient soumis certains actes et certains faits à la publicité. En quel sens le développement de la publicité s'est-il opéré depuis lors ? Pour répondre à cette question, étudions sommairement le régime actuel de la publicité de l'état et de la

(1) Nous avons vu toutefois que l'applicabilité de la convention collective est subordonnée à son dépôt au greffe du conseil des prud'hommes.

capacité des personnes (physiques et morales) et le régime de la publicité des biens.

SECTION I. — LA PUBLICITÉ DE L'ÉTAT ET DE LA CAPACITÉ DES PERSONNES

Peu de choses, au fond, a été ajouté depuis les Codes à la publicité de l'état et de la capacité des personnes physiques. Cette publicité, commencée sous l'ancien Droit, développée par la législation révolutionnaire, avait assez d'existence et était suffisamment incrustée dans les mœurs pour que les rédacteurs de nos Codes puissent lui donner une certaine amplitude. Les lois postérieures, qui sont venues instrumenter en cette matière, n'ont fait que modifier les modalités d'une publicité déjà existante, en la simplifiant et en la rendant plus utilitaire.

D'autre part cette publicité ne constitue pas toujours à proprement parler une manifestation du formalisme des actes juridiques, tel que nous l'avons entendu. Beaucoup d'actes constitutifs ou modificatifs de l'état et de la capacité des personnes physiques sont l'objet d'une mention en marge d'autres actes déjà existants et plus particulièrement de l'acte de naissance qui constitue le noyau de cette publicité. Tel est le cas du mariage (art. 76, dernier alinéa du Code civil), de la reconnaissance d'enfant naturel devant un officier de l'état civil, la seule qui soit soumise à publicité (article 62 du Code civil), de la légitimation des enfants naturels dont la publicité ne prit naissance qu'avec la loi du 17 août 1897 (art. 331 du Code civil),

de l'adoption, institution entièrement refondue par la loi du 19 juin 1923 et dont la publicité a maintenant son siège dans les articles 366 et 367... Il est certain que les particuliers n'ont pas à se préoccuper de ce genre de publicité : tout se passe entre les administrations municipales ou au sein d'une même mairie (1). Ce n'est pas là toutefois la seule hypothèse à envisager ; l'adoption, par exemple, ne se réalise pas devant l'officier de l'état civil ; elle a lieu devant le juge de paix du domicile de l'adoptant ou devant notaire et elle doit être homologuée par un jugement gracieux du domicile de l'adoptant. Il convient donc de porter connaissance de ces faits à l'officier de l'état civil ; ce soin est laissé à l'avoué qui a obtenu la décision ou, à son défaut, à toute partie intéressée. C'est alors que l'officier de l'état civil du lieu de naissance de l'adopté pourra transcrire le jugement sur les registres et en faire mention en marge de l'acte de naissance. Si l'officier est averti par une partie intéressée, nous sommes bien en présence d'une manifestation du formalisme au sens où nous l'entendons. En est-il de même lorsque c'est l'avoué qui se charge de l'opération ? Nous pensons qu'il faille répondre à cette question par l'affirmative car l'avoué représente la partie et c'est aux frais de celle-ci que s'effectue l'envoi des pièces. Nous devons assimiler à cette publicité de l'adoption, la publicité requise, pour le divorce quant à la transcription qui doit être faite du jugement (art. 252 du Code civil), pour le prononcé de l'interdiction ou la dation d'un conseil judiciaire et la

(1) Cf. art. 49 du C. civ., rédaction du 10 mars 1932.

mainlevée de ces incapacités dont la publicité a été réorganisée d'une manière plus pratique par la loi du 16 mars 1893, mais dans ce dernier cas, c'est au greffe du tribunal du lieu de naissance du défendeur qu'il convient de transmettre les extraits des jugements ou arrêts (art. 501, 512, 514 du Code civil). Si on remarque que ces jugements doivent, de leur côté, recevoir une certaine publicité, on se rendra compte de la complexité de la matière.

Une mention spéciale doit être consacrée à la publicité du contrat de mariage parce qu'elle n'existait pas en 1804 et qu'elle intéresse à la fois la capacité des personnes et l'état des biens. Les tiers n'avaient alors que la ressource d'exiger la présentation du contrat ; les époux pouvaient se livrer à des déclarations mensongères, désastreuses surtout dans l'hypothèse du régime dotal, puisque certains biens se trouvaient mis hors du commerce et que leur inaliénabilité était opposable aux tiers (1). Pour lutter contre ces fraudes, la loi du 10 juillet 1850 est venue apporter un remède (art. 75, 1391 et 1394 Code civil) : le notaire remet aux parties un certificat énonçant l'identité des futurs époux et la date du contrat ; ce certificat doit être remis à l'officier au moment où celui-ci demande s'il a été fait un contrat ; l'officier reproduit alors sur le registres des actes de mariage les mentions figurant sur le certificat. Il semble que ces règles concernent tous les contrats de mariage mais la seule sanction, efficace de leur inobservation, prévue par l'article 1391 « ...la

(1) Il convient toutefois de noter que dès 1807 le Code de commerce dans ses art. 67 et s. avait prévu une certaine publicité du contrat de mariage des commerçants.

femme sera réputée, à l'égard des tiers, capable de contracter dans les termes du Droit commun », ne vise que l'inaliénabilité dotale (1).

Quant aux sanctions résultant du défaut des autres publicités de l'état et de la capacité des personnes, elles sont très variées et nous nous garderons d'entrer dans leur étude détaillée : le plus souvent ce sont des amendes, parfois il en résulte l'inopposabilité aux tiers (art. 368, second alinéa, pour l'adoption) ; quelquefois même, aucune sanction n'est prévue : par exemple, dans la matière du divorce, l'absence de l'affichage institué par l'art. 250 ne reçoit aucune sanction légale.

Nous n'avons pas eu la prétention de dresser un tableau d'ensemble de la publicité de l'état et de la capacité des personnes physiques (2). La doctrine s'accorde d'ailleurs à reconnaître que cette publicité est notoirement insuffisante en raison de son manque d'unité, de sa dispersion et des nombreuses lacunes qu'elle laisse subsister (3). Il faut citer l'effort fait en Allemagne et en Suisse pour donner au contrat de

(1) Cf. BOUCHÉ, *La publicité des conventions matrimoniales*, thèse, Marseille, 1933. — A la publicité du contrat de mariage, il faut rattacher celle des événements qui viennent relâcher ou faire disparaître le lien matrimonial : séparation de biens (art. 1445, 1451 du C. civ. et 872 du Code de procédure), séparation de corps (art. 311 du C. civ. et 880 Code de procédure), divorce (art. 250, 251, 252 du Code civil).

(2) Notons encore la publicité prévue par l'art. 2 de la loi du 13 juillet 1907 modifié par la loi du 8 juin 1923 au sujet du retrait des pouvoirs de la femme mariée sur son salaire.

(3) Cf. LALOU, *Chronique au D. H.* 1932, p. 57. — MARCHESSAUX, *De la publicité de l'état et de la capacité des personnes*, thèse, Marseille, 1933, pp. 67 et s.

mariage toute la publicité désirable ; les législations de ces deux pays ont institué un registre matrimonial, tenu dans chaque bailliage ou dans chaque arrondissement sur lequel doivent être inscrites, sous peine d'être inopposables aux tiers, les clauses dérogatoires au Droit commun. Cette organisation présente d'autant plus d'intérêt dans ces pays que l'immutabilité matrimoniale n'y est pas appliquée. La loi du 1^{er} juin 1924 a laissé en vigueur cette pratique du registre matrimonial dans nos trois départements recouvrés et la Société d'études législatives a consacré certaines de ses séances à l'étude d'un projet de création chez nous d'un tel registre.

Sur un plan plus général certains auteurs ont préconisé l'institution d'un casier civil, assez analogue à notre casier judiciaire actuel, où seraient centralisées toutes les manifestations concernant l'état et la capacité des individus.

Un louable effort a été accompli en ce sens par la loi du 18 mars 1919 tendant à la création d'un registre de commerce. C'est d'ailleurs en Droit commercial qu'il importait de donner à la publicité sa plus grande étendue car les relations entre individus sont ici plus nombreuses. Le registre de commerce a entraîné une centralisation des événements venant constituer ou modifier l'état et la capacité des commerçants, en fournissant aux tiers le moyen simple et rapide de connaître la situation de leur cocontractant. Les recherches ont été encore facilitées par les lois du 1^{er} juin 1923 et du 17 mars 1924 rendant obligatoire sur tous les papiers de commerce l'indication de l'immatriculation au registre de commerce. Ce mode de publicité constitue bien, d'autre part, une manifestation du forma-

lisme car aux termes de l'art. 4 de la loi : « Tout commerçant doit... requérir du greffier du tribunal »... ; c'est donc le commerçant qui est l'auteur de cette publicité, reçue par le greffier du tribunal de commerce. Le registre de commerce a donné d'excellents résultats et la loi du 28 mars 1931 (*J. O.* du 1^{er} avril), modifiant les art. 2, 3, 66, 67 du Code de commerce, a supprimé la publicité par affiches, prévue par ces articles, pour y substituer l'inscription, moins coûteuse et plus efficace, sur ce registre. Une étude approfondie du registre de commerce dépasserait le cadre de ce travail ; au sujet des actes et des faits soumis à inscription, nous renvoyons à l'examen des dispositions des articles 4 et 5 de la loi de 1919 ; nous ferons simplement observer que la sanction du défaut d'immatriculation ne consiste qu'en une simple amende ; néanmoins, le registre de commerce constitue, relativement aux commerçants, une mine sûre et féconde de renseignements. Il est aussi destiné à l'immatriculation des sociétés, sur la publicité desquelles nous allons maintenant dire quelques mots.

Le Droit français a prévu une publicité pour deux groupes de personnes morales : les associations et les syndicats professionnels qui sont des groupements désintéressés, et les sociétés civiles ou commerciales, groupements à but lucratif.

Les associations n'acquièrent la personnalité morale que si elles sont déclarées (loi du 1^{er} juillet 1901). La publicité de ces groupements, laissée au soin des fondateurs, consiste dans une déclaration faite à la préfecture du département ou à la sous-préfecture de l'arrondissement où l'association aura son siège social.

Cette déclaration, dit l'art. 5 de la loi de 1901, fera connaître le titre et l'objet de l'association, le siège de ses établissements, l'identité de ceux qui sont chargés de son administration. Deux exemplaires des statuts doivent être joints à cette déclaration. Toute personne peut prendre connaissance de ces pièces.

Quant aux syndicats, la déclaration et le dépôt des statuts se fait à la mairie.

Beaucoup plus complexe est la publicité des sociétés ; la raison en est que ces groupements sont destinés à acquérir une vie juridique intense. Remarquons que les sociétés civiles ne sont soumises, d'après l'art. 62 de la loi de budget du 13 juillet 1925, qu'à une déclaration, renfermant les mentions prévues par cet article, et au dépôt d'un exemplaire de l'acte constitutif (plus tard, s'il y a lieu, des actes modificatifs), au bureau de l'enregistrement du lieu où la société a son siège social. La sanction de l'inobservation de ces formalités est simplement fiscale.

Mais les sociétés civiles possèdent un champ d'application très réduit, et on ne rencontre le plus souvent en pratique que des sociétés commerciales surtout depuis la loi du 1^{er} août 1893 qui est venue conférer ce caractère à toutes les sociétés par actions, quel que soit leur objet.

La publicité des sociétés commerciales reçut un début de réglementation en 1807 : le Code de commerce avait prévu un enregistrement, au greffe du tribunal de commerce, d'un extrait de l'acte constitutif et un affichage dans la salle d'audience. A ces formalités, la loi du 31 mars 1833 ajouta la nécessité d'une insertion dans un journal. Ce système était

notoirement défectueux et la loi du 24 juillet 1867 dans ses art. 55 à 65 a complètement réorganisé cette matière (1).

Il faut distinguer entre les sociétés par intérêts et les sociétés par actions. Les fondateurs d'une société par intérêts doivent d'abord effectuer le dépôt d'un original de l'acte de société, s'il a été fait sous seings privés, ou d'une expédition, s'il a été fait devant notaire, aux deux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce du lieu où est établie la Société. Semblable publicité doit être réalisée dans tous les arrondissements où la Société a des succursales. Ensuite un extrait de l'acte constitutif renfermant les mentions prévues aux articles 57 et 58 doit être publié dans un journal destiné à recevoir les annonces légales. Enfin la société doit être immatriculée au registre du commerce et la déclaration qui doit être faite, dans le mois de la constitution de la société, par les gérants ou les administrateurs contient les indications énoncées à l'art. 6 de la loi du 18 mars 1919.

Quant aux sociétés par actions, l'émission d'actions doit être précédée d'une notice publiée dans un annexe au *Journal Officiel* : Le Bulletin des annonces légales obligatoires. Cette publicité a été instituée par la loi du 30 janvier 1907, dont l'art. 3 indique les mentions que doit renfermer la notice. Les sociétés par actions sont ensuite soumises au dépôt d'un original ou d'une expédition des statuts aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce et à ce

(1) Les sociétés en participation sont exemptes des formalités de publicité.

dépôt sont jointes certaines pièces prévues par les 2^e et 3^e alinéas de l'art. 55 de la loi de 1867 ; un extrait doit être aussi publié dans un journal d'annonces légales et une immatriculation doit être prise au registre de commerce. Enfin les art. 63 (2^e et 3^e alinéas) et 64 (1^{er} alinéa) instituent des publicités permanentes : l'affichage dans les bureaux de la société des pièces déposées, la délivrance à tout requérant d'une copie des statuts moyennant une somme modique, l'énonciation dans tous les actes émanant de la Société des mots « société anonyme » ou « société en commandite par actions » suivis de l'indication du montant du capital social.

Les modifications statutaires sont également soumises aux mêmes formalités de publicité sauf les cas prévus à l'art. 62.

Quant aux sanctions de ces publicités elles sont diverses : si une simple amende résulte du défaut d'immatriculation au registre du commerce, la nullité de la société et la responsabilité des fautifs peuvent, sous certaines conditions, naître de l'absence des autres formalités.

La publicité des sociétés commerciales est coûteuse et médiocre. Le moyen pratique de connaître le nécessaire sur les statuts demeure encore l'extrait publié au journal d'annonces légales, mais il faut savoir quel est ce journal et dans quel numéro l'extrait a été inséré. Si on prend à la lettre les termes du 1^{er} alinéa de l'art. 63 de la loi du 24 juillet 1867 : « lorsqu'il s'agit d'une société en commandite par actions ou d'une société anonyme, toute personne a le droit de prendre communication des pièces déposées... », il faut

en conclure que les greffiers ne sont pas obligés de présenter aux requérants les statuts des sociétés par intérêts. Sans doute, il existe l'immatriculation au registre de commerce, mais les mentions qui y sont jointes sont insuffisantes. Il conviendrait, croyons-nous, soit d'étendre la publicité au registre de commerce, soit de généraliser le système, énoncé plus haut, de la loi du 30 janvier 1907 et d'astreindre les sociétés à publier une notice détaillée dans un bulletin annexe au *Journal Officiel*.

Remarquons que la loi du 17 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée s'est référée aux mêmes modalités de publicité que celles prévues par la loi de 1867 ; toutefois l'extrait dans le journal d'annonces légales doit contenir, outre les mentions indiquées par les art. 57 et 58 de ladite loi, l'objet de la société et, s'il y a lieu, la clause d'intérêts fixes.

SECTION II. — LA PUBLICITÉ DES BIENS

Les formalités publicitaires concernant les biens, tant immobiliers que mobiliers, se sont largement développées au cours du XIX^e siècle et au début du nôtre. Le Code civil et le Code de commerce, en effet, n'avaient pas prévu, à leur égard, un régime de publicité aussi étendu que celui concernant l'état et la capacité des personnes. Si on consulte les textes de 1804 et de 1807, on arrive à cette conclusion que, d'une faible amplitude relativement aux biens immobiliers, la publicité est pour ainsi dire inexistante quant aux meubles. Parcourons nos Codes et nous y voyons soumises à publicité, d'abord les donations

(art. 939 à 942 du C. civ.), mais il ne s'agit que des donations de biens susceptibles d'hypothèque. Nous trouvons ensuite les substitutions permises, réalisées par testament ou donation (art. 1069 à 1073 du C. civ.) dont la publicité s'effectue par voie de transcription ou au moyen d'une mention dans l'inscription, s'il s'agit d'un bien grevé d'un droit réel déjà publié. Ce sont encore les articles 1690 et 1691 du Code civil relatifs à la cession de créance, dans lesquels la doctrine dominante voit des formalités de publicité (1). A ces articles, il faut joindre l'article 2075 sur le nantissement de créance : ce nantissement doit être signifié au débiteur de la créance ; on admet que l'acceptation du nantissement par le débiteur, dans un acte authentique, est efficace et que l'art. 2075 ne concerne que les créances civiles à personne dénommée (2). La publicité hypothécaire était aussi réglementée dès le Code civil (art. 2134, 2146 et s., 2166). Quant au Code de commerce son art. 36 prévoyait le transfert des titres nominatifs. A ces textes, il convient de joindre le décret du 27 vendémiaire an II régissant la publicité des navires. Voilà notre régime publicitaire, tel qu'il découle de nos deux Codes ; une vaste lacune restait à combler par le législateur : voyons, en deux paragraphes successifs,

(1) Cf. JOSSERAND, *op. cit.*, 2^e éd., t. II, n^{os} 817 et s.

(2) La créance incorporée dans un titre à ordre se donne en gage au moyen d'un endossement de garantie et le nantissement d'une créance nominative se fait par un transfert de garantie (art. 91, 2^e et 3^e alinéas, du Code de comm.). Le titre de créance au porteur devrait pouvoir être remis en gage sans autre formalité que la tradition.

quelle a été son œuvre dans l'extension de la publicité immobilière et mobilière.

§ 1^{er}. — *Le développement de la publicité immobilière*

Un système de publicité complet doit faire connaître aux tiers intéressés quel est le propriétaire d'un bien donné et quels sont les droits réels qui grèvent ce bien.

Le Code civil avait, avons-nous dit, établi un régime de publicité hypothécaire ; ce régime ne tarda pas à faire l'objet de vives critiques : on lui reprochait son organisation par noms de personnes, rendant les recherches très difficiles et l'insuffisance des indications que pouvait révéler le registre tenu par le conservateur des hypothèques. De tous les projets de réforme que ces critiques suscitérent, seule naquit la loi du 1^{er} mars 1918. Elle ne transforma que les modalités de la publicité : autrefois le requérant remettait deux bordereaux au conservateur et celui-ci devait en recopier un sur son registre et rendre l'autre, revêtu de la mention d'inscription, au créancier ; désormais l'un des bordereaux est conservé purement et simplement et la réunion de tous les bordereaux forme le nouveau registre. Cela évite les pertes de temps et les erreurs qu'entraînait la copie des bordereaux. D'autre part les anciens bordereaux contenaient des indications notoirement insuffisantes et la loi de 1918 dans les formules-types, qu'elle a prévues, a comblé les lacunes antérieures. La documentation hypothécaire

est donc désormais plus précise (Cf. l'art. 2148 nouveau) (1).

La publicité des transmissions de biens immobiliers est restée incomplète pendant la première moitié du XIX^e siècle, le Code civil n'ayant réglementé que la publicité de certaines donations. Il fallut attendre la loi du 23 mars 1855 pour voir établir une publicité des transmissions immobilières à titre onéreux. Il n'entre pas dans notre travail de faire une étude approfondie de la loi sur la transcription dont les articles 1, 2 et 4 énoncent les actes soumis à publicité (2). Le

(1) LAVILLE, *Les formes actuelles de la publicité des droits immobiliers en France*, thèse, Toulouse, 1924, pp. 34 et s.

(2) « ART. 1^{er}. — Sont transcrits au bureau des hypothèques de la situation des biens :

(1) Tout acte entre vifs, translatif de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèque ;

(2) Tout acte portant renonciation à ces mêmes droits ;

(3) Tout jugement qui déclare l'existence d'une convention verbale de la nature ci-dessus exprimée ;

(4) Tout jugement d'adjudication, autre que celui rendu sur licitation au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant.

ART. 2. — Sont également transcrits :

(1) Tout acte constitutif d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation :

(2) Tout acte portant renonciation à ces mêmes droits ;

(3) Tout jugement qui en déclare l'existence en vertu d'une convention verbale ;

(4) Les baux d'une durée de plus de dix-huit années ;

(5) Tout acte ou jugement constatant, même pour bail de moindre durée, quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus.

ART. 4. — Tout jugement prononçant la résolution, nullité ou rescision d'un acte transcrit doit, dans le mois à dater du jour

régime qu'elle a créé a suscité une nombreuse littérature, surtout critique. On a reproché à notre transcription son caractère facultatif, la disposition des registres tenus par noms de personnes, ce qui rend les recherches délicates ; de plus, la transcription ne garantit pas la qualité de propriétaire de celui qui l'effectue, elle ne vaut pas titre ; elle présente enfin de nombreuses lacunes puisque les transmissions à cause de mort, les actes déclaratifs en général, la plupart des résolutions et annulations de titres sont opposables aux tiers sans être publiées...

Remarquons aussi le défaut d'unité de notre régime de publicité immobilière qui résulte à la fois du Code civil pour les actes à titre gratuit et de la loi du 23 mars 1855 pour les actes à titre onéreux. La sanction de l'absence de publicité reste toujours l'inopposabilité, mais elle est soumise à des conditions différentes selon qu'il s'agit de donations ou d'autres actes.

Les nombreuses critiques, qui furent la conséquence de cette organisation, suscitèrent la mise en chantier de projets de réforme. Notamment en 1891 la commission extraparlamentaire, créée pour l'étude de la réforme cadastrale, élaborait un projet d'institution de registre foncier : la publicité serait réelle c'est-à-dire que chaque feuillet du registre se rapporterait à un immeuble déterminé ; tous les actes translatifs ou

où il a acquis l'autorité de la chose jugée, être mentionné en marge de la transcription faite sur le registre... »

Il faut ajouter à ces textes l'article 9 qui prévoit une semblable publicité pour les conventions relatives à l'hypothèque légale de la femme mariée.

déclaratifs, gratuits ou onéreux, les restrictions au droit de disposer seraient inscrites sur ce feuillet et ces inscriptions entraîneraient une présomption irréfragable (1). Mais ce projet ne reçut aucune suite à cause des difficultés pratiques qu'entraînait une réforme aussi étendue. Le dernier projet, dans le cadre du régime institué par la loi de 1855, est, à notre connaissance, celui qui a été élaboré par la Société d'études législatives (2).

En fait, la loi de 1855 n'a reçu qu'une réforme, parallèle à celle réalisée par la loi du 1^{er} mars 1918 pour notre système hypothécaire. Ce fut l'œuvre de la loi du 24 juillet 1921 (art. 13 et 14 actuels de la loi du 23 mars 1855) : l'ancienne transcription consistait dans la copie de l'acte soumis à publicité sur un registre ; désormais le requérant déposera à la Conservation des Hypothèques deux expéditions ou extraits littéraux de l'acte ; l'un d'eux lui sera remis avec la mention que la transcription a été opérée, l'autre sera conservé au bureau et deviendra un feuillet du nouveau registre (3).

(1) Le registre foncier est le régime que l'on oppose à notre transcription. Il fonctionne en Australie, en Allemagne, en Suisse, en Tunisie... La loi du 1^{er} juin 1924 le laissa en fonction en Alsace-Lorraine pour une durée de dix ans. Il sera intéressant de connaître le parti que prendra le législateur à l'expiration de ce délai.

(2) *Bulletin de la Soc. d'ét. législat.* 1928, p. 215.

(3) Sur l'étude détaillée de la loi du 24 juillet 1921 et son appréciation critique, cf. LAVILLE, thèse citée, pp. 112 et s.

§ 2. — *Le développement de la publicité mobilière*

C'est relativement aux biens mobiliers que les formalités publicitaires se sont le plus développées et cela se comprendra facilement si l'on se rappelle le peu de valeur des meubles lors de la rédaction des Codes, époque à laquelle était encore prôné l'ancien adage « *res mobilis, res vilis* ». Mais au cours du XIX^e siècle la fortune mobilière s'est accrue dans des proportions considérables. Le législateur a dû faire face à ce développement : il a d'abord fallu protéger certains droits mobiliers et pour cela les soumettre à la formalité du dépôt ; d'autre part, certains meubles possèdent une si grande valeur que, leur nature aidant, la loi en a soumis la transmission à publicité ; enfin l'accroissement de valeur des meubles a permis et obligé le législateur à créer des moyens de crédit gagés sur ces biens.

La protection de la propriété industrielle, artistique et littéraire ne pouvait être réalisée que si le droit de propriété était révélé au public par un dépôt. Ce dépôt n'est pas une formalité de publicité perfectionnée, c'est plutôt une mesure de police permettant la poursuite des contrefacteurs de l'œuvre. Un tel dépôt a été requis par les art. 5 et s. de la loi du 5 juillet 1844 pour les brevets d'invention, par l'art. 2 de la loi du 23 juin 1857 pour les marques de fabrique, par l'art. 3 de la loi du 14 juillet 1909 pour les dessins et modèles. Quant à la propriété artistique et littéraire, les art. 3 et 4 de la loi du 29 juillet 1881 ont prévu un dépôt en double ou en triple exemplaire

selon les cas, dépôt qui révélera aux tiers la volonté de l'auteur de ne pas laisser tomber son œuvre dans le domaine public.

La propriété de certains meubles, ayant une situation fixe, a été soumise à publicité. Nous avons déjà dit que le décret du 27 vendémiaire an II avait prévu l'immatriculation des navires au « registre des déclarations de constructions et soumissions de francisation », confié à l'administration des Douanes (1). Cette publicité a pour but de surveiller la nationalité des navires, les navires n'étant français que s'ils appartiennent à des Français. Elle est intéressante car elle se rapproche du régime des livres fonciers : le registre, en effet, est tenu par nom de navire ; toutes les mutations, entre vifs ou par décès, sont soumises à la publicité et l'immatriculation vaut titre c'est-à-dire que le propriétaire du navire est aux yeux de tous celui qui est porté sur le registre. Ce propriétaire a d'ailleurs un titre qui constate son droit : l'« acte de francisation » qui lui est délivré par le receveur des douanes et qui est une copie du registre.

C'est de cette publicité qu'ont été imitées les publicités requises par la loi du 5 juillet 1917 pour les bateaux de rivière de plus de vingt tonneaux et par la loi du 31 mai 1924 pour les aéronefs. Les bateaux de rivière susdits sont soumis à une immatriculation sur un registre tenu par le bureau dont dépend le bureau de jaugeage (art. 2 de la loi du 5 juillet 1917). Cette publicité est réelle et elle vaut titre, le propriétaire rece-

(1) Cf. RIPERT *Droit Maritime*, t. I, 3^e éd., n^o 414 et s. — DANJON, *op. cit.*, 2^e éd., n^o 16 et s.

vant un certificat d'immatriculation. Mais les transferts relatifs à ces bateaux ne sont pas inscrits sur le même registre que l'immatriculation ; ils sont publiés sur un registre tenu au greffe du tribunal de commerce du lieu de l'immatriculation. Remarquons que les mutations par décès n'ont pas à être inscrites. Quant aux aéronefs l'art. 3 de la loi du 31 mai 1924 sur la navigation aérienne oblige les propriétaires à requérir une immatriculation sur un registre, tenu par le ministère chargé des services de l'aéronautique. Toute mutation, dit l'art. 12 de la loi, par décès ou entre vifs, tous jugements translatifs, constitutifs et déclaratifs de propriété doivent être inscrits sur ce registre à la demande du nouveau propriétaire et l'inscription vaut titre (art. 11).

Rappelons ici la publicité qui doit accompagner la cession d'un brevet d'invention pour être opposable aux tiers (art. 20 de la loi du 5 juillet 1844) et il ne nous restera plus à dire que quelques mots sur la publicité des cessions de fonds de commerce (1) : le Code de 1807 n'avait rien prévu à cet égard, il en résultait des situations fâcheuses, les titulaires d'un fonds pouvaient céder ce fonds avant d'avoir désintéressé leurs créanciers et disparaître ensuite avec le prix de la cession. La pratique imagina de bonne heure un remède, surtout dans les grands centres commerciaux, où se constituèrent de véritables usages. On publiait les cessions de fonds de commerce dans un

(1) Notons aussi la publicité relative aux titres au porteur perdus ou volés, publicité qui se fait par voie de journal (art. 11 de la loi du 15 juin 1872 modifié par la loi du 8 février 1902).

journal ; un délai courait du jour de l'insertion, pendant ce délai l'acquéreur devait conserver le prix de cession par devers lui et les créanciers du vendeur se faisaient connaître. Malheureusement ces usages n'existaient pas partout et même, là où ils existaient, on se demandait s'ils étaient toujours obligatoires (1). La loi du 17 mars 1909 a réglementé cette question et son art. 3 (1^{er} alinéa), dans sa nouvelle rédaction (loi du 31 juillet 1913) dispose que « toute vente ou cession de fonds de commerce, consentie même sous condition ou sous la forme d'un autre contrat, ainsi que toute mise en société ou toute attribution de fonds de commerce par partage ou licitation, sera, dans la quinzaine de sa date, publiée à la diligence de l'acquéreur, sous forme d'extrait ou d'avis, dans un journal d'annonces légales du ressort du tribunal de commerce où se trouve le fonds, ou, à défaut, dans un journal d'annonces légales de l'arrondissement. » La suite de l'article prévoit les mentions que doit contenir l'extrait. Semblable publicité doit être faite dans le ressort du siège des succursales. Enfin la loi du 31 juillet 1913 a requis une seconde publication entre le huitième et le quinzième jour de la première (art. 3, 3^e alinéa). Cette publicité locale a paru insuffisante et l'art. 34 de la loi du 29 avril 1926 a décidé que la seconde publication, serait, en outre, faite, dans les huit jours de la première, dans un bulletin annexé au *Journal Officiel*, le *Bulletin Officiel des ventes et cessions de fonds de commerce*.

(1) Cf. VIDAL, *De la publicité des droits portant sur des meubles*, thèse, Montpellier, 1900, pp. 75 et s.

Quant aux conséquences de la publicité, ce sont celles que la pratique avait imaginées avant la loi de 1909 : les créanciers ont un délai de dix jours pour se faire connaître et l'acquéreur qui aura payé son vendeur avant l'expiration de ce délai ne sera pas libéré vis-à-vis d'eux (cf. art. 3, alinéas 4 et suiv.).

Les meubles, avons-nous dit, enfin, ont pris une telle place dans le patrimoine des individus qu'on a pu permettre à ceux-ci d'emprunter sur eux. Mais quand un bien répond d'une dette, il convient d'avertir les tiers, futurs propriétaires ou futurs créanciers, de cet état de choses. C'est en ce sens que les lois du 10 décembre 1874 et du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime ont soumis ce droit réel à inscription sur un registre tenu par le receveur des douanes ; cette publicité, dans ses modalités, est copiée sur notre ancien système hypothécaire, tel qu'il existait avant la loi du 1^{er} mars 1918 (art. 8 de la loi de 1885). La loi du 5 juillet 1917, que nous avons déjà rencontrée, a soumis les bateaux de vingt tonneaux à immatriculation et a permis de prendre hypothèque sur ces biens ; cette hypothèque est inscrite sur un registre tenu au greffe du tribunal de commerce d'immatriculation du bateau, registre sur lequel sont également publiés les transferts (art. 16). Quant aux aéronefs, l'art. 17 de la loi du 31 mai 1924 les a rendus susceptibles d'hypothèque, moyennant inscription au registre d'immatriculation.

Nous avons assisté plus haut à la naissance des warrants ; les lois qui ont créé ces effets de commerce les ont soumis à une certaine publicité : le premier endossement du warrant institué par la loi du 28 mai 1858

doit être transcrit, à la requête du créancier sur la souche du registre et il est fait mention de cette transcription sur le warrant, de façon à prévenir les tiers de la constitution du gage (art. 5, 3^e alinéa) ; le warrant agricole doit être transcrit sur un registre tenu au greffe de la justice de paix du domicile de l'emprunteur (loi du 30 avril 1906, art. 3, 2^e alinéa) ; le premier endossement du warrant hôtelier est transcrit sur un registre tenu au greffe du tribunal de commerce de la situation de l'hôtel (art. 4, 2^e alinéa de la loi du 8 août 1913) ; de même enfin l'art. 2 (3^e alinéa) de la loi du 21 avril 1932 ordonne au greffier du tribunal de commerce de transcrire le warrant pétrolier sur un registre spécial et de mentionner sur le warrant le volume et le numéro de la transcription avec la mention des warrants préexistants sur les mêmes stocks de produits.

De larges possibilités de crédit sont indispensables aux commerçants, à cause des affaires qu'ils peuvent être amenés à traiter : extension ou modernisation de l'entreprise, importants achats de marchandises en vue de constituer un stock... Or souvent les commerçants n'ont pas les fonds disponibles nécessaires, sur quel gage vont-ils emprunter ? Le fonds de commerce, par sa grande valeur, constitue pour les créanciers un gage solide. De là, l'importance du nantissement des fonds de commerce. Mais le fonds de commerce est un ensemble de divers éléments et, en Droit, ces divers éléments devaient autrefois conserver leur nature particulière ; si le titulaire voulait affecter ceux-ci à la garantie d'une dette, il devait pour chacun d'eux accomplir des formalités distinctes de constitution de

gage : la constitution en gage du droit au bail devait être signifiée au propriétaire de l'immeuble où le fonds était exploité, la mise en gage des marchandises entraînait la dépossession du commerçant... En fait seule la mise en gage du droit au bail était possible : c'était insuffisant. La loi du 1^{er} mars 1898, incorporée dans l'article 2075 du Code civil, considéra le fonds de commerce comme une universalité incorporelle et soumit son nantissement à une inscription sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds était exploité. Cette première tentative législative était incomplète et laissait aux soins des tribunaux la solution de nombreuses questions : comment opérer l'inscription ? Quelles mentions doit-elle contenir ? Comment s'exercera le droit de préférence et le droit de suite du créancier ? La réforme qui s'imposait fut l'œuvre de la loi du 17 mars 1909 (art. 8 et suivants). Le nantissement donne lieu à une inscription sur un registre tenu au greffe du tribunal de commerce du lieu où le fonds est exploité et, s'il y a lieu, semblable inscription est prise là où existent des succursales ; cette inscription doit être effectuée dans la quinzaine de la date de l'acte constitutif, à peine de nullité ; si le nantissement comprend des brevets d'invention, des licences, des marques, des dessins ou des modèles, une inscription doit être prise à l'Office national de la propriété industrielle (1). La loi a aussi prévu la forme des ins-

(1) Cette dernière formalité est également nécessaire si de tels droits sont cédés ou vendus avec le fonds (art. 24, 8^e alinéa de la loi de 1909).

criptions, leur renouvellement, leur radiation ainsi que les droits des créanciers gagistes (1).

La loi du 17 mars 1909 oblige le propriétaire, qui poursuit la résiliation du bail de l'immeuble dans lequel est exploité le fonds, à mettre en cause les créanciers nantis sur ce fonds. Il faut donc que le propriétaire connaisse ces créanciers et, comme notre système de publicité personnelle rend les recherches difficiles, M. le Député Cautru a déposé au mois de mars 1933 une proposition de loi tendant à faire notifier au bailleur de l'immeuble, où s'exploite le fonds, les ventes, cessions et nantissement du dit fonds (2).

*
* *

Tels sont les principaux exemples législatifs dans lesquels on peut découvrir une renaissance du formalisme des actes juridiques. Pour grouper ces diverses manifestations sous un principe directeur, il faut avoir recours à l'idée de protection, protection des intérêts des parties à l'acte et protection des intérêts des tiers. Grâce à ce rôle protecteur qu'il peut remplir efficacement, le formalisme survit et parfois même se développe de nos jours. Dans les actes synallagmatiques, notamment, où plusieurs intérêts sont en lutte, la nécessité d'une intervention protectrice se fait souvent sentir. Le législateur réalisera cette protection, soit en faisant participer à l'acte un officier public, le plus souvent un notaire, soit en imposant aux parties la

(1) Cf. BLONDEL, *Le nantissement des fonds de commerce*, thèse, Paris, 1911.

(2) Ch. des Députés, 15^e législature, session de 1933, annexe n° 1548.

rédaction précise des clauses de l'acte dont elles envisagent la création.

Nous avons vu ainsi certains actes authentiques prendre naissance au cours du XIX^e siècle et l'effort accompli par le législateur en vue de rétablir l'équilibre des volontés dans les contrats d'adhésion au moyen de l'emploi réglementé de l'écriture.

Le domaine de cette dernière technique grandit en droit commercial parallèlement au développement des effets de commerce. Il faut voir dans la détermination précise des mentions requises pour la formation de ces titres une manifestation moderne du formalisme. Ces mentions permettent aux parties de connaître exactement leurs droits et leurs devoirs et elles éclairent dans le même sens les tiers, c'est-à-dire les futurs possesseurs du titre. Mais la protection des intérêts des tiers se réalise surtout par la publicité.

Si la publicité n'a pas reçu chez nous un régime uniforme, nous devons reconnaître, à la suite de la brève étude que nous en avons faite, qu'elle s'est immiscée dans toutes les branches de notre Droit civil et de notre Droit commercial. Nous avons aussi remarqué que ses modalités tendent à une plus grande simplification : les lois du 1^{er} mars 1918 et du 24 juillet 1921 en sont des exemples ; de même la loi du 26 mars 1927 a réduit les formalités concernant le transfert des titres nominatifs. Cette constatation, jointe à celle, déjà remarquée précédemment, de l'extrême simplicité du formalisme dans les effets de commerce, nous amène tout naturellement à nous entretenir du recul du formalisme en législation.

TITRE II

La décadence du formalisme en législation

L'affinement des esprits et le désir de simplification, qui en est la résultante, devaient continuer à l'époque contemporaine l'œuvre de désolennisation déjà commencée sous l'ancien Droit. Les formalités ne présentant aucun but utilitaire semblent à nos contemporains les vestiges d'une civilisation arriérée. Le législateur a subi le contre-coup de ce mouvement d'idées et il a aboli de certaines institutions les conditions rigoureuses dans lesquelles elles étaient antérieurement enfermées. D'autre part, à côté de ce recul du formalisme né de l'évolution historique, il convient de citer la décadence des formalités dans un but d'intérêt public: la loi s'est préoccupée de simplifier les institutions dont l'intérêt national réclamait le développement. Nous allons noter au cours du bref exposé qui va suivre les simplifications apportées par le législateur dans la réalisation de certains actes juridiques. Nous aurons ensuite à étudier plus spécialement la désolennisation du mariage, pour terminer par quel-

ques réflexions sur l'essor actuel du féminisme et les conséquences qu'il a entraînées ou est susceptible d'entraîner dans la vie juridique.

CHAPITRE PREMIER

DE QUELQUES CAS OU LE LEGISLATEUR A MANIFESTE SA VOLONTE DE SIMPLIFIER LES ACTES JURIDIQUES.

Notre but n'est pas ici de fournir une encyclopédie complète des lois désolennisatrices. Nous nous en tiendrons à quelques exemples rencontrés au hasard des textes de notre Droit privé.

La loi de Ventôse an XI, sur l'organisation du notariat a subi au *xix^e* et au *xx^e* siècles diverses retouches dont certaines ont trait aux formes de l'acte notarié. Quant aux personnes nécessaires à la constitution de cet acte, le législateur du 21 juin 1843 crut bon de limiter le nombre des actes soumis à la présence du second notaire ou des témoins instrumentaires et de remplacer ces formalités par un simple envoi à la signature du second notaire. La loi du 12 août 1902 a parfait l'œuvre, ainsi commencée, en supprimant l'envoi au second notaire et en décidant qu'en principe les actes notariés pourraient être reçus par un seul notaire. Sont en dehors de ces principes certains actes, comme la donation entre vifs, où des textes spéciaux prévoient l'assistance du second notaire ou de témoins.

Poursuivant les réformes instaurées par la circulaire du garde des sceaux en date du 12 février 1920 (autorisant l'emploi de la machine à écrire pour la

délivrance des copies, grosses ou expéditions des actes notariés) et par la loi du 24 juillet 1921 (autorisant la dactylographie des bordereaux remis au conservateur des hypothèques en vue de la publicité des transmissions immobilières), la loi du 21 février 1926 a permis l'impression et la dactylographie des actes notariés. Sous l'empire de la loi de l'an XI, les notaires devaient écrire les actes en un seul et même contexte et seules les minutes manuscrites avaient une valeur. Le but de la loi nouvelle est d'harmoniser le travail des études avec les découvertes modernes et, partant, de le rendre plus rapide (1).

Enfin une loi du 20 décembre 1933 vient de supprimer la formalité de la légalisation pour les actes notariés dont il doit être fait usage en France et aux colonies (2).

La loi du 8-9 juin 1893 a facilité pour les soldats aux armées et les marins en voyage la dation d'actes de procuration en vue de l'administration de leurs affaires et les déclarations d'autorisation maritale, en donnant compétence, pour ce faire, à certains officiers, une telle suppléance n'étant tolérée qu'au cas où le ministère d'un notaire est pratiquement impossible.

L'article 1556 du Code civil, complété par une loi du 19 mars 1919, autorise la donation des immeubles dotaux « pour des œuvres d'assistance et de bienfai-

(1) Cf. VOIRIN, *Le livre de copies de lettres des commerçants et la dactylographie*. Chronique, D. H. 1932, p. 69. L'auteur incline vers le développement de ce procédé d'écriture.

(2) On trouve un commentaire de cette loi au *Journal des Notaires et des Avocats* du 5 février 1934, p. 105.

sance publiques ou privées, ou pour des œuvres ayant plus spécialement pour objet le développement de la natalité, la protection des enfants et des orphelins de guerre ». Dans un sens voisin, la loi du 2 avril 1932 a permis le bail de l'immeuble dotal pour une durée supérieure à la durée prévue pour les baux rentrant dans les actes d'administration (art. 1558 *in fine*). Mais ces entorses à l'inaliénabilité dotale ne sont possibles que moyennant certaines formalités, mitigeant le caractère désolennisateur de ces lois : autorisation maritale ou judiciaire.

La défaveur avec laquelle le législateur a toujours considéré l'état d'indivision, l'a incité à la promulgation de la loi du 15 décembre 1921 modifiant les art. 465, 817, 822 du Code civil et les art. 965, 973, 981 du Code de procédure civile. Il est désormais inutile de recourir à un procès véritable quand tous les intéressés sont d'accord pour reconnaître le partage indispensable. Sans doute l'intervention judiciaire présente de sérieuses garanties au cas où des incapables se trouvent parmi les héritiers ; il importe alors que le notaire ne soit pas choisi par certains de ces derniers, dont il pourrait soutenir les intérêts particuliers ; mais on a pensé qu'une requête collective au nom de tous les cohéritiers, déterminant un jugement rendu en la Chambre du conseil du tribunal civil pour ordonner le partage et commettre un notaire, serait suffisante. Le tuteur peut s'associer à une telle requête sans recevoir l'autorisation du conseil de famille. Cette réduction des formalités du partage et subsidiairement des frais qu'il entraîne, constitue, croyons-nous, une mesure utile.

On peut encore citer comme désolennisatrice la loi du 19 juin 1923 sur l'adoption dont le but a été d'élargir cette institution...

M. Josserand, dans sa chronique précitée (1), indique comme manifestation de la décroissance du formalisme les simplifications apportées aux formes des actes de l'état civil. Voici les principales lois qui sont intervenues en ce sens : les lois ayant comblé les lacunes du Code civil en ce qui concernait la réception des actes de l'état civil pour les militaires en campagne et les marins, et qui ont donné, à cet égard, compétence absolue à certains officiers (cf. art. 93 et suiv. du Code civil) (2) ; — la loi du 21 juin 1903 complétant l'art. 55 du Code civil et augmentant le délai dans lequel, à l'Etranger, les Français peuvent déclarer la naissance de leurs enfants devant nos agents diplomatiques ou consulaires : ce délai est porté de trois à dix jours en raison de l'étendue parfois considérable où un seul de nos représentants instrumente et le Président de la République peut encore l'accroître dans certains cas ; — la loi du 27 octobre 1919 abrogeant l'art. 37 (2^e alinéa) du Code civil qui interdisait à la femme et au mari d'être témoins ensemble dans un même acte ; cette interdiction ne se justifiait ni en pratique, celle-ci n'ayant jamais révélé d'exemples de collusion entre mari et femme pour affirmer un décès inexact (fraude

(1) JOSSERAND, *La désolennisation du testament*, D. H. 1932, p. 73.

(2) Ces lois ont consacré des modifications analogues en ce qui concerne les testaments. Les principales d'entre elles sont celles du 8 juin 1893, 17 mai 1900, 20 décembre 1922, 11 décembre 1924.

que le législateur de 1804 avait crainte), ni en théorie puisque le père et le fils, la mère et la fille, le maître et le domestique... ont toujours pu être témoins ensemble ; — la loi du 20 novembre 1919 simplifiant certaines mesures concernant l'état civil et qui a particulièrement autorisé la rectification des actes de l'état civil par simple ordonnance du président du tribunal civil d'arrondissement, en même temps qu'elle a supprimé la présentation de l'enfant à l'officier de l'état civil lors de la déclaration de naissance (1) ; — la loi du 22 juillet 1922 supprimant dans l'acte de naissance de l'enfant naturel toute mention relative à ses père et mère lorsque ceux-ci sont inconnus ou non dénommés et évitant ainsi le préjudice moral causé à cet enfant toutes les fois qu'il doit présenter un titre de naissance en vue d'un mariage ou d'une demande d'emploi ; — la loi du 7 février 1924 enfin, abolissant la nécessité de la présence des deux témoins pour les actes de naissance et du second déclarant pour les actes de décès, ce qui entraîne une désolennisation analogue pour les actes de reconnaissance d'enfant naturel, dressés par un officier d'état civil, assimilés en pratique aux actes de naissance ; ces témoins et ce second déclarant étaient souvent des individus racolés sur les voies publiques et qu'on rétribuait pour avoir leur concours : leur présence demeurait donc inutile...

Parmi les actes de l'état civil, il en est un dont la simplification a fait l'objet de lois nombreuses et importantes : le mariage (2).

(1) Cette présentation n'avait d'ailleurs jamais lieu en pratique et était remplacée par une visite de l'officier.

(2) On pourrait multiplier les exemples de lois désolennisatri-

CHAPITRE II

LA DÉSOLENNISATION DU MARIAGE

Les conditions de formation du mariage ont subi au cours des siècles des évolutions diverses. A l'époque franque, le mariage, précédé d'un contrat entre le fiancé et le père de la jeune fille, était entouré de nombreuses formalités symboliques. Le droit canon, qui régla la matière sous l'époque féodale, tendit à faire du mariage une institution facile : le consentement des époux constituait la condition essentielle de leur union. Cette solution fut approuvée par le Concile de Trente ; ce Concile soumit toutefois la dation du consentement à certaines formes. Depuis lors le pouvoir royal, interprète des récriminations des chefs de famille dont l'autorité était ébranlée, lutta contre la simplicité extrême accordée à la formation du mariage par le Droit ecclésiastique. Aboutissement de cette lutte, le Code de 1804 a entouré le mariage de conditions de fond et de forme multiples. Le législateur moderne a pensé que les rédacteurs du Code avaient été trop loin dans la voie de la solennisation du mariage et les lois postérieures à 1804 ont entraîné en cette matière une

ces. Citons en droit commercial : la loi du 24 juillet 1867 qui a supprimé pour les sociétés anonymes la nécessité de rédiger les statuts par acte public ; la loi du 8 février 1922 qui, ainsi que nous l'avons vu, a simplifié la législation existante sur la lettre de change et le billet à ordre ; la loi du 15 janvier 1930 abrogeant le paraphe et le visa annuels du livre journal et du livre d'inventaires prescrits par l'art. 10 C. comm...

constante désolennisation. Les motifs des simplifications apportées aux conditions de fond et de forme du mariage sont multiples : affinement des esprits, crise de natalité angoissante surtout depuis la dernière guerre, évolution des mœurs familiales... Les liens familiaux, très solides au début du 19^e siècle se sont relâchés à la suite du développement de la vie industrielle et des moyens de transports qui ont dispersé les membres d'une même famille. Le respect dû à la puissance paternelle s'est effrité, notamment durant ces dernières années. Le législateur, enfin, a fait face à la décroissance de la natalité en favorisant les unions légitimes, de beaucoup les plus fécondes. « Les règles gouvernant le mariage, écrit M. Morin, doivent être dominées par la préoccupation d'améliorer la natalité au double point de vue du nombre et de la qualité » (1). Et le but de la législation contemporaine sur le mariage a été bien aperçu par M. le Député Leredu dans son rapport du 13 février 1919 sur l'important projet qui devint la loi du 9 août 1919 : « Notre but est de provoquer, encourager, faciliter le mariage. Débarrasser l'acte solennel le plus possible de toutes les formalités, souvent inutiles, qui le gênent ou l'entravent, faire surtout que la jeunesse puisse aller facilement à l'union légitime, tel est notre désir. Nous répondons ainsi à l'intérêt de la France, nous nous préoccuons de son avenir en face d'un affaiblissement si marqué de la natalité et de la diminution de notre population à la

(1) Gaston MORIN, *La révolte des faits contre le Code*, 2^e éd., Paris, 1920, *Introd.*, p. VI.

suite du grand cataclysme qui vient de bouleverser notre pays » (1).

La simplification du mariage s'imposait, d'autant plus que le divorce était en pratique facilement admis, situation qui avait fait dire à l'abbé Lemire : « par une sorte de contresens légal, ce qu'il y a de difficile, c'est le mariage ; ce qu'il y a de facile, c'est le divorce. »

Le Code civil avait donc prévu des conditions de forme et de fond rigoureuses relativement à la formation du mariage. Il sera intéressant pour nous de constater dans quelle mesure ces règles ont été abolies ou simplifiées. Notons ici pour ne plus y revenir : les lois du 10 décembre 1850 et du 31 mars 1929 ayant eu pour but de faciliter le mariage des indigents, lois qui juridiquement sont dépourvues d'intérêt ; la loi du 4 avril 1915 destinée à permettre en temps de guerre le mariage par procuration des militaires et marins sous les drapeaux et dont le bénéfice a été étendu aux militaires et marins prisonniers de guerre par la loi du 19 août 1915, ces lois constituant des mesures exceptionnelles.

Pour nous en tenir au Droit commun, examinons successivement l'assouplissement des conditions de forme de mariage, la réduction de ses conditions de fond et la plus grande facilité accordée aux seconds mariages (2).

(1) Documents parlementaires, Ch. des Députés, 1919, annexe n° 5690.

(2) Cf. CAPITANT, *De la simplification des conditions et formalités exigées par le Code Napoléon pour le mariage* (Revue critique de lég. et de jurispr. 1930, pp. 31 et s. — BOT, *La physionomie actuelle du mariage dans la loi de l'Eglise, dans la loi soviétique et dans le Code civil français*, thèse, Rennes, 1931.

§ 1^{er}. — *L'assouplissement des conditions de forme
du mariage*

Les conditions de forme du mariage peuvent se grouper sous trois chefs : le mariage doit être porté à la connaissance du public avant qu'il puisse être procédé à sa célébration ; cette célébration, entourée de certaines formes, requiert des conditions de compétence chez l'officier et de lieu ; un acte de mariage mentionnant certaines indications est rédigé par l'officier de l'état civil. Quels sont les résultats acquis en ces matières à la suite de la législation déjà intervenue ?

Le régime des publications d'après le Code civil (art. 63 et suiv.) était le suivant : l'officier devait faire deux publications, orales ou écrites, devant la porte de la mairie à deux dimanches d'intervalle ; ces publications, énonçant les prénoms, noms, profession et domicile des futurs époux et de leur père et mère, étaient inscrites sur un registre ; le mariage pouvait être célébré trois jours après la seconde publication.

Déjà en 1907 la loi du 21 juin remplaça ce régime par l'affichage d'un écrit pendant un délai de dix jours comprenant deux dimanches ; la célébration du mariage pouvait suivre aussitôt après.

Puis vint la loi du 9 août 1919 : il n'est plus besoin que le délai de dix jours comprenne deux dimanches et toute mention relative aux père et mère des futurs époux est interdite, de façon à ne pas porter un préjudice moral aux enfants naturels non reconnus.

La dernière loi sur cette matière, celle du 8 avril 1927, a supprimé le registre des publications de mariage, considéré comme inutile puisque la publication est périmée si le mariage n'a pas été célébré dans l'année et, au cas où la célébration s'est réalisée, l'acte de mariage seul a de l'importance.

Certains juristes ont demandé la suppression complète des publications qui se comprenaient seulement autrefois où le droit canon apportait au mariage un nombre d'empêchements tel que les époux eux-mêmes pouvaient parfois les ignorer.

Le Code civil (art. 74 et 165) ne permettait la célébration du mariage que dans la commune du domicile de chaque époux ou dans celle où le futur avait une résidence d'au moins six mois. D'autre part la présence de quatre témoins était nécessaire et le mari et la femme ne pouvaient jamais être témoins ensemble.

La première réforme apportée à ces textes fut l'œuvre de la loi du 9 août 1919 qui n'exigea plus la présence que de deux témoins. La nécessité de quatre témoins en effet était spéciale à la législation française et ne s'accordait pas avec les dispositions des autres actes de l'état civil, reçus au maximum par deux témoins (1) ; d'autre part cette obligation entraînait une gêne considérable pour les futurs époux, sans parents ni amis, qui étaient obligés de recourir, moyennant rétribution, à des témoins d'occasion ou de profession. La loi du 27 octobre 1919 abrogeant l'alinéa 2 de l'art. 37 a apporté une nouvelle simpli-

(1) Nous avons vu que les témoignages requis pour les actes de naissance et de décès avaient été supprimés par la loi du 7 février 1924.

lication sur ce point, puisque désormais le mari et la femme peuvent être témoins ensemble dans un même acte.

Enfin la condition des six mois de résidence attributifs de compétence pour la célébration du mariage dans la commune, était parfois rigoureuse à l'égard des individus obligés par leur métier à une grande mobilité. C'est pourquoi la loi du 21 juin 1927 a réduit le délai de la résidence à un mois (1).

La rédaction de l'acte de mariage a été facilitée notamment par les deux lois récentes du 4 février 1928 et du 13 février 1932 (art. 76 du Code civil). Antérieurement au premier de ces textes, il fallait mentionner les prénoms et noms des précédents conjoints de chaque époux, ainsi que la date des décès ou divorces ayant entraîné dissolution de leurs mariages précédents. Cette dernière indication était requise en vue du calcul du délai de viduité, mais ce délai n'intéressait pas les veufs ou divorcés ; d'autre part, à l'égard de la veuve ou divorcée, l'officier de l'état civil est suffisamment renseigné par la production de son acte de naissance et, s'il y a lieu, de l'acte de décès du précédent mari. C'est pourquoi la loi du 4 février 1928 a supprimé cette mention. Désormais, en outre, on n'indique plus que les noms et prénoms du précédent conjoint ; l'indication des autres était inutile, l'attention des intéressés étant ainsi suffisamment attirée.

(1) En ce qui concerne le mariage à l'étranger entre un Français et une étrangère, la loi du 29 novembre 1901 complétant les art. 170 et 171 du Code civil a conféré à nos agents diplomatiques et consulaires le droit de procéder à la célébration.

La seconde loi citée, en date du 13 février 1932, a abrogé la mention prévue par le 5^e alinéa de l'art. 76 prescrivant l'indication dans l'acte de mariage qu'il n'existe aucune opposition empêchant celui-ci. Semblable indication était inutile ; cela résulte des diverses hypothèses qu'il est possible d'envisager : dans la grande majorité des cas aucune opposition n'est faite au mariage, la mention de cette situation ne poursuit alors aucun but ; si on suppose qu'il y ait eu opposition et ensuite mainlevée de celle-ci, mentionner l'absence d'opposition serait inexact ; de même, au cas où l'opposition est inopérante parce que ne remplissant pas les conditions légales ou faite par une personne non qualifiée, l'officier pouvant alors passer outre ; si enfin la mainlevée n'a pas été accordée, la question ne se pose pas puisque le mariage ne peut être célébré. Il ne faudrait pas croire que la suppression de cette mention soit de la part du législateur une œuvre futile ; en effet, dans certaines communes, il est procédé à la célébration de nombreux mariages et une telle indication dans les actes, maintes fois répétée, entraîne une perte de temps appréciable (1).

§ 2. — *La réduction des conditions de fond du mariage*

Nous nous contenterons d'examiner ici l'évolution du consentement des parents au mariage de leurs

(1) On pourrait dire encore quelques mots sur la réduction du nombre des pièces à fournir à l'officier de l'état civil. Nous renvoyons sur ce point à l'article précité de M. CAPITANT, en y joignant la loi du 11 juillet 1929 qui a remplacé la nécessité de présenter une copie de l'acte de naissance par la production d'un simple extrait.

enfants et de sa conséquence, le régime des oppositions.

L'évolution relative au consentement des parents pour le mariage de leurs enfants vient d'avoir son point final dans la loi du 2 février 1933, assimilant la majorité matrimoniale à la majorité de Droit commun. Cette solution n'a été admise qu'à la suite de nombreuses lois dont nous croyons utile de rappeler en quelques mots les résultats afin de mieux comprendre le texte récent. Le Code civil avait instauré deux catégories d'individus : ceux pour qui le consentement des parents et ascendants était toujours nécessaire et ceux qui pouvaient se marier sans ce consentement mais qui devaient signifier à leurs parents des actes respectueux les informant de leur dessein. La première loi simplificatrice fut promulguée le 6 juin 1896 et supprima la réitération des actes respectueux. Vinrent ensuite : la loi du 21 juin 1907, unifiant à 21 ans accomplis pour les deux sexes l'âge à partir duquel l'acte respectueux, désormais appelé « notification » doit intervenir, supprimant pour les majeurs la nécessité d'obtenir le consentement des aïeuls et aïeules au cas de décès des père et mère, et abrogeant la nécessité de requérir le consentement des père et mère pour les époux de 30 ans accomplis ; la loi du 9 août 1919 qui réduisit de un mois à quinze jours le délai consécutif à la notification et qui supprima la nécessité de demander le consentement des père et mère pour les majeurs, en cas de second ou subséquent mariage ; la loi du 28 avril 1922 abaissant de 30 à 25 ans l'âge de la pleine capacité ; la loi du 17 juillet 1927 qui permit au majeur de se marier en justifiant du consentement

de son père ou de sa mère sans avoir à faire une notification à l'autre parent.

La situation en était là quand la Chambre, reprenant une proposition déjà ancienne de M. André Marie, vota le texte qui devait devenir la loi du 2 février 1933. Cette loi a modifié et abrogé certaines dispositions de notre Code civil mais le vrai but de la réforme est d'abaisser à 21 ans l'âge de la majorité matrimoniale (1). Quelles sont les raisons qui ont incité le législateur au vote d'un tel remaniement ? M. Albert SéroI nous les développe dans son rapport fait à la Chambre au nom de la Commission de la législation civile et criminelle (2) : le législateur avait déjà reconnu antérieurement dans certains cas qu'un homme ou une femme âgés de 21 ans accomplis étaient capables de s'établir seuls par mariage ; tel était le cas pour les enfants légitimes dont les père et mère étaient décédés, disparus ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, pour les enfants naturels non reconnus, pour tous les enfants majeurs se mariant une seconde fois. Le mariage n'était d'ailleurs pas impossible dans les autres cas pour les enfants âgés de 21 à 25 ans quand les parents refusaient leur consentement ; un notaire notifiail à ceux-ci l'union projetée et quinze jours plus tard il pouvait être procédé à la célébration. Que résultait-il de cet état de choses ? Le désaccord entre parents et enfants s'amplifiait, car la

(1) On trouvera le texte de la loi au *J. O.* du 4 février 1933. La loi modifie les art. 70 (1), 151, 154, 155, 174 (2), 488 et abroge les art. 75 (5° al. *in fine*) et 148 (2 et 3) du Code civil.

(2) Doc. Parl., Ch. des Députés, session 1932, annexe n° 6501, cf. aussi *Revue trim. de Droit civ.* 1933, p. 277.

notification était une formalité irrespectueuse, d'ailleurs mal vue de la part des notaires. Les législations étrangères avaient fait la réforme nécessaire en assimilant la majorité matrimoniale à la majorité de Droit commun ; seule la France restait en arrière et seul le mariage parmi les actes de la vie civile était impossible pour le majeur. La suppression d'une telle anomalie s'imposait. Enfin les officiers de l'état civil dans les petites campagnes connaissaient mal la législation sur ce point, surtout la loi du 17 juillet 1927, ignoraient que les époux majeurs étaient capables de former seuls le contrat de mariage et interpellaient les parents à ce sujet comme s'il s'agissait de mineurs. La loi du 2 février 1933 a mis l'ordre nécessaire dans cette réglementation. Par elle, on retourne à la loi du 20 septembre 1792 sous l'empire de laquelle le majeur de 21 ans accomplis était capable de tous les actes de la vie civile, mariage compris, et au Droit canon (1).

En 1804 il y avait une corrélation entre le droit de consentir au mariage des enfants ou descendants et le droit de faire opposition à ce mariage. Les lois récentes ont aboli le lien qui unissait ces deux droits. Pour les mineurs la nécessité de l'autorisation subsiste mais en cas de désaccord des parents ou ascendants le partage vaut consentement ; or le droit d'opposition ne

(1) Cf. CARROIS DE SATERNAULT, *Le rapprochement des législations canonique et civile en matière de mariage* (Rev. Trim. dr. civ. 1921, pp. 675 et s.).

La proposition de M. André MARIE était plus ample que le texte voté et, au cours de la discussion, de nouvelles améliorations à réaliser furent dévoilées. Cf. sur ce point le rapport précité de M. SÉROL.

souffre ici aucune restriction. Quant aux majeurs le droit d'opposition subsiste pour les parents bien que, depuis la loi du 2 février 1933, ils n'aient plus à être consultés.

Les oppositions au mariage ont semblé inutiles à certains auteurs qui en ont réclamé l'abolition pure et simple. Le législateur n'a pas été jusque là et il s'est contenté d'adoucir et de simplifier le régime établi par les art. 172 et suiv. du Code civil. Nous citerons en ce sens les lois du 8 avril 1927 et du 15 mars 1933.

Le Code civil avait accordé d'une façon illimitée le droit pour les ascendants de former opposition au mariage de leur descendant quel que fût l'âge de ce dernier. Point n'était besoin de fournir des motifs à l'opposition formée, si bien que la pratique nous offrait des exemples d'oppositions à des mariages présentant cependant toutes les conditions requises pour leur validité. Les ascendants pensaient ainsi gagner du temps et espéraient que la réflexion serait propice pour faire rentrer les enfants dans leurs vues (1). Ce droit arbitraire subit une rude atteinte par la loi du 8 avril 1927 qui obligea les ascendants à fournir des motifs et à reproduire le texte de loi sur lequel leur opposition était fondée, sans quoi l'officier de l'état civil passerait outre. Dès lors, les oppositions fantaisistes disparurent. Toutefois l'officier de l'état civil n'ayant pas pour rôle de vérifier l'exactitude des motifs et du texte de base, il y avait lieu de craindre de la part des parents habiles la dation de motifs et l'invocation d'un texte

(1) Sur les personnes ayant la qualité pour faire opposition, cf. art. 173, 174, 175 du Code civil.

quelconque. C'est pourquoi la loi du 15 mars 1933 a facilité la mainlevée et diminué l'efficacité des oppositions quant au temps.

Avant cette loi, une opposition régulièrement formée demeurait indéfiniment valable. Cela demandait une surveillance rigoureuse de la part des officiers de l'état civil, de façon à ne pas célébrer un mariage pour lequel une opposition avait été formée même plusieurs années auparavant. D'autre part, les futurs époux, arrêtés dans leur projet par une opposition, changeaient de domicile et contractaient mariage dans une autre commune; pour éviter un procès, les parents se résignaient. Aussi la loi nouvelle, complétant l'article 176, décide-t-elle que l'opposition cesse de produire effet au bout d'un an; elle peut être renouvelée sauf au cas prévu par l'art. 173 (2° alinéa) (1). La loi du 15 mars 1933 a aussi modifié l'art. 177 : désormais les époux, même mineurs, peuvent demander la mainlevée de l'opposition. Enfin le nouvel article 178 ordonne à la cour, au cas où un appel contre le jugement de mainlevée aurait été interjeté, de statuer, même d'office, dans les dix jours. En effet, lorsque le tribunal a prononcé la mainlevée de l'opposition, il est peu probable que la Cour d'appel revienne sur cette décision; on a voulu éviter aux époux les frais qu'entraînerait une nouvelle instance et empêcher le gas-

(1) Art. 173 (2° al.) : « Après mainlevée judiciaire d'une opposition au mariage formée par un ascendant, aucune nouvelle opposition formée par un ascendant n'est recevable ni ne peut retarder la célébration » (Loi du 9 août 1919).

pillage des économies par eux faites en vue de leur établissement (1).

§ 3. — *Les facilités accordées aux seconds mariages*

Il convient de distinguer à ce point de vue entre les seconds mariages en général (art. 162, 228, 296, 297, 298 du Code civil) et le remariage des époux divorcés (art. 295).

La loi du 27 juillet 1884 sur le divorce avait laissé subsister l'ancienne incapacité pour l'époux coupable d'adultère de se remarier avec son complice (art. 295 ancien). Cette disposition ne jouait que rarement car les jugements de divorce taisent en général le nom du complice ; mais, au cas où pareille éventualité se produisait, l'époux coupable était contraint de vivre en concubinage avec son complice si leur affection se poursuivait. C'est pourquoi la loi du 15 décembre 1904 a aboli l'art. 298.

L'art. 152 du Code civil prohibait le mariage entre « le frère et la sœur légitimes ou naturels et les alliés au même degré ». La loi du 1^{er} juillet 1914 a modifié ce texte et permis le mariage entre beau-frère et belle-sœur, si l'union qui produisait l'alliance a été dissoute autrement que par divorce. On a donné comme motif à cette réforme l'intérêt que présenterait un tel mariage pour les enfants nés de la première union. Ceux-ci, en effet, se trouveront en face d'un ancien parent qui sera susceptible de leur témoigner plus d'affection qu'un étranger.

(1) Cf. Doc. Parl., Ch. des Députés, rapport de M. Albert SÉROL, session de 1933, annexe n° 1381.

C'est aussi pour éviter un sort équivoque à certains enfants, pour assurer leur avenir en leur donnant une situation régulière, que plusieurs lois sont intervenues en vue de faciliter le mariage des femmes veuves ou divorcées. Ces femmes d'après les textes de 1804 (art. 228 et 296) ne pouvaient contracter une seconde union que dix mois après la dissolution de la précédente. Le délai de viduité a été, depuis lors, atténué dans certaines hypothèses : modifiant les art. 296 et 297, la loi du 13 juillet 1907 a permis à la divorcée de se remarier dix mois après le divorce définitif et, à la femme séparée de corps, de contracter une nouvelle union aussitôt après la transcription du jugement de conversion de séparation de corps en divorce. Plus libérale encore, la loi du 9 août 1919 autorisa la divorcée à se remarier après la transcription du jugement ou arrêt prononçant le divorce si un délai de trois cents jours (1) s'était écoulé depuis l'ordonnance autorisant l'époux demandeur à prendre une résidence séparée. La loi du 9 décembre 1922 ne concerne plus seulement les divorcées et vise aussi les veuves ; elle décide que le délai prend fin au cas d'accouchement survenu depuis la dissolution du premier mariage ; en effet il n'y a plus lieu de craindre, après un tel événement, une confusion de part et l'observation du délai de viduité ne se comprendrait plus (art. 228 : 2° alin. et 296 : 2° alin.). La loi du 4 février 1928, enfin, a permis au président du tribunal dans le ressort duquel le mariage doit être célébré, de réduire le

(1) La loi du 9 août 1919 a changé le délai de dix mois en délai de trois cents jours.

délai de viduité au cas où les circonstances démontrent l'impossibilité qu'a eue le mari de cohabiter avec sa femme dans les trois cents derniers jours ; ce faisant, le législateur a voulu éviter des situations paradoxales nuisibles aux intérêts des enfants : le mari mourait alors qu'il était depuis longtemps interné ; si sa femme, attendant un enfant, pouvait se remarier aussitôt après le décès, l'enfant bénéficiait de la présomption « *pater is est quem nuptiæ demonstrant* » et était légitime ; au contraire, si la femme devait respecter le délai de viduité, l'enfant n'était pas légitime de plein droit (1).

Le remariage des époux divorcés a donné lieu à une réglementation compliquée abolie par la loi du 4 janvier 1930. L'art. 295 du Code civil avait interdit aux époux divorcés de se réunir ; la loi du 27 juillet 1884 abrogea cet empêchement mais défendit aux époux réunis de divorcer une seconde fois, sauf au cas où l'un d'eux serait condamné à une peine afflictive et infamante ; ne voyant pas de bons motifs à une telle limitation du second divorce, le législateur du 5 avril 1919 la supprima.

Le remariage des époux divorcés restait prohibé si l'un d'eux avait contracté dans l'intervalle une nouvelle union dissoute par le divorce. L'intérêt des enfants exigeant en toutes circonstances le rétablissement du foyer détruit, la loi du 26 mars 1924 permit.

(1) La loi du 19 février 1933 a comblé la lacune qu'avait laissée la loi de 1928, en décidant que la requête à fin de soustraire la femme à l'observation du délai de viduité est sujette à communication au ministère public et qu'en cas de rejet de la requête, il peut être interjeté appel (art. 228).

donc le remariage s'il existait des enfants ou descendants légitimes issus de la première union. A cette première exception au principe de la prohibition, on en ajouta une autre : le décès du conjoint épousé en secondes noces.

Il restait un point sur lequel l'opinion du législateur ne s'était jamais départie : quand le remariage était permis, les époux devaient se replacer sous le même régime matrimonial. Or cette nécessité présentait de graves défauts, s'il faut en croire les auteurs de la proposition qui devint la loi du 4 janvier 1930 (1) ; elle était inefficace en ce sens que, au cas par exemple de régime dotal, les époux pouvaient divorcer, vendre leurs immeubles et se remarier ensuite, l'inaliénabilité dotale étant ainsi tournée ; elle était peu logique car des modifications survenues dans l'état de fortune des époux pouvaient rendre utile l'adoption d'un nouveau régime ; elle était enfin dépourvue de sanctions car si les époux déclaraient lors de leur seconde union qu'ils n'avaient pas fait de contrat, comment pouvoir opposer aux tiers l'inaliénabilité dotale née du précédent mariage ? D'autre part le régime instauré par la loi du 26 mars 1924 conduisait parfois à des résultats extraordinaires : la nécessité de l'existence d'un enfant ou descendant légitime empêchait le mariage au cas où cet enfant venait à disparaître ; de même si l'enfant était simplement naturel, le remariage ne pouvait avoir lieu et il n'y avait aucun moyen pour accorder à cet enfant le bénéfice de la légitimité ! C'est pour ces

(1) Doc. Parl., Sénat, session de 1928, annexe n° 792. Proposition de loi présentée par MM. MOUNIÉ, COYRARD et André MORIZET.

motifs que la loi du 4 janvier 1930 a remplacé l'ancien art. 295 par la disposition suivante : « Au cas de réunion d'époux divorcés, une nouvelle célébration du mariage sera nécessaire. » Il n'est donc plus besoin de reprendre le régime matrimonial antérieur et aucune condition n'est désormais requise pour le remariage d'époux divorcés.

M. Lalou a fait une critique de cette œuvre législative ; après avoir indiqué ce qu'il appelle les « surprises du divorce », il mentionne les fraudes auxquelles pourront se livrer certains époux avec l'appui du nouvel art. 295 : l'immutabilité des conventions matrimoniales sera sans application pratique puisqu'on pourra divorcer pour se débarrasser d'un régime matrimonial gênant ; il sera en outre possible de frauder les tiers en leur présentant le premier, le second, le troisième contrat selon les intérêts du moment, les tiers ne pouvant éviter ces fraudes qu'au moyen d'une enquête compliquée. L'auteur conclut en démontrant que l'institution d'un registre matrimonial protégerait les intérêts de tout le monde (1).

Cette évolution de la législation sur le mariage ne semble pas achevée. Sans méconnaître les bienfaits d'une telle réforme, nous pouvons regretter qu'elle ne se soit pas accomplie dans une grande loi d'ensemble qui n'aurait pas laissé subsister les lacunes et les inconséquences, impossibles à éviter dans des réglementations partielles. Quant au fond de celles-ci, les avis sont partagés sur leur valeur. Il ne nous appar-

1) Cf. LALOU, *Le jeu du mariage et du divorce et les changements de régime matrimonial*, Chronique, D. H. 1930, p. 9.

tient pas ici de donner notre opinion sur une œuvre dont les fins sont plutôt sociales que juridiques. Nous voudrions seulement clore cet exposé en rappelant la naissance récente de l'union libre à la vie juridique. Il semble que nous nous acheminions peu à peu à un retour à la législation romaine qui voyait dans le concubinage un mariage d'ordre inférieur, la jurisprudence et parfois la loi ayant reconnu certains effets à l'union libre (1)...

CHAPITRE III

L'ESSOR DU FEMINISME SES CONSEQUENCES JURIDIQUES

Nous avons déjà rencontré certains textes étendant la capacité de la femme et plus spécialement de la femme mariée. Il convient ici de condenser les résultats déjà acquis ou qui sont susceptibles de se réaliser dans un avenir prochain.

Les femmes commerçantes sont désormais électrices et éligibles aux chambres et aux tribunaux de commerce (2).

Plus spécialement au point de vue qui nous occupe, la loi du 6 février 1893 a donné à la femme séparée de corps le plein exercice de sa capacité civile ; la loi du 7 décembre 1897 a accordé aux femmes le droit d'être

(1) Cf. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, t. II, n^{os} 71 et s. et les références données par ces auteurs.

(2) Lois du 23 janvier 1898, 11 décembre 1924, 9 décembre 1931,

témoin dans les actes de l'état civil et dans les actes instrumentaires en général : leur ancienne incapacité sur ce point ne se défendait pas car le droit d'être témoin dans les actes de l'état civil n'est pas une dépendance de la capacité politique ; d'autre part les femmes ont toujours été admises à témoigner devant les juridictions pénales et civiles au même titre que les hommes ; elles pouvaient donc déposer sur des faits intéressant l'honneur, la fortune ou la vie des citoyens mais il ne leur était pas possible de certifier l'identité d'un déclarant ou d'un comparant, ni la conformité d'un acte. Cette situation paradoxale devait disparaître de notre législation.

Assimilant à un autre point de vue les droits de l'homme et de la femme, la loi du 21 février 1906, modifiant l'art. 386 du Code civil, a décidé que la mère qui se remariait ne perdait pas pour cela le bénéfice de la jouissance légale.

On peut encore citer dans cette voie, la loi du 13 juillet 1907 accordant à la femme mariée certains pouvoirs sur son salaire ; la loi du 20 mars 1917 étendant la capacité des femmes en leur permettant d'une façon générale, et non plus seulement aux mères ou ascendantes, le droit d'être tutrices, subrogées tutrices, curatrices et de faire partie des conseils de famille. Le législateur a justement pensé que de telles fonctions aux mains des femmes, connaissant naturellement mieux que les hommes le caractère et les besoins des enfants, seraient susceptibles de devenir de véritables maternités au lieu de rester de simples administrations.

Mentionnons aussi la loi du 27 octobre 1919, déjà

rencontrée, à la suite de laquelle, le mari et la femme sont autorisés à être témoins ensemble dans un même acte ; la loi du 8 février 1922 qui, nous l'avons vu, a permis à toutes les femmes de créer valablement des lettres de change ou billets à ordre, dans les mêmes conditions que les hommes ; la loi du 28 mars 1931 d'après laquelle le mineur peut être autorisé par sa mère à faire le commerce quand le père est déchu de la puissance paternelle ou dans l'impossibilité de l'exercer.

Comment ne pas citer ici le projet déposé au Sénat le 23 juin 1932 concernant l'abolition de l'incapacité de la femme mariée ? (1). Déjà en 1920, M. Morin écrivait : « La loi nouvelle de la famille ne devra plus être seulement la loi de l'homme, c'est-à-dire celle du mari et celle du père ; elle sera la loi de tous les individus composant le groupe familial et notamment la loi de la femme et la loi de la mère » (2). Vestige de l'ancienne tutelle perpétuelle des femmes, l'incapacité de la femme mariée est actuellement fondée sur la subordination de la femme au mari et la nécessité de donner un chef au ménage. Le point central du récent projet réside dans la modification de l'art. 215 du Code civil : « La femme aura sous tous les régimes matrimoniaux et à peine de nullité de toute clause contraire, le plein exercice de sa capacité civile, sans avoir besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice. » Quelques dispositions transitoires sont toutefois prévues ; d'autre part le régime matrimonial de Droit commun deviendrait la « participation aux

(1) Doc. Parl. Sénat, 1932, annexe n° 594.

(2) Gaston MORIN, *op. cit.*, Introd., p. 6.

acquêts » et des modifications partielles sont annoncées pour les autres régimes (1).

En supprimant les difficultés attachées actuellement à la formation de certains actes, en abolissant le système des autorisations maritales et judiciaires, le projet de 1932, s'il venait à se concrétiser d'une manière positive, serait certainement une des manifestations modernes les plus caractéristiques de la désolennisation du Droit.



Essayons maintenant de rattacher à une idée générale les cas de recul du formalisme que nous venons de souligner en législation. Nous remarquerons que chacune de ces désolennisations a sa cause première dans l'état des mœurs. L'évolution historique nous apprend que la civilisation moderne est en principe antiformaliste et le législateur, l'interprète souverain des aspirations de son temps, a entrepris la simplification d'institutions dont la structure juridique n'était plus en harmonie avec l'esprit nouveau.

Ainsi en est-il pour le mariage que nous avons pris comme prototype des exemples de décadence de formalisme en législation. Une crise de natalité est née au début de ce siècle et s'est dangereusement accentuée ; en relation avec ce fait, le nombre des unions libres s'est accru. Dès lors s'est imposée au législateur la nécessité de simplifier une institution vitale en en rendant l'accès plus facile. Dans une société fondée solidement sur les liens familiaux, comme était la société ancienne, la participation de la famille au

(1) Cf. sur ces points, CAPITANT, *L'abolition de l'incapacité de la femme mariée*, Chronique, D. H. 1932, p. 97.

mariage d'un de ses membres se concevait fort bien (autorisations à mariage, actes respectueux...). Aujourd'hui les familles sont dispersées, leur unité morale parfois compromise, et il a fallu dans la mesure du possible supprimer le concours des parents au mariage de leurs enfants. C'est aussi dans le but d'accroître les unions légitimes que les conditions auxquelles se trouvaient soumis les seconds ou subséquents mariages ont été adoucies.

N'est-ce pas encore un produit de l'évolution des mœurs, ce développement des droits de la femme dans tous les domaines sociaux que nous enregistrons depuis quelques années, et les désolennisations qui en découlent dans le domaine juridique ?

La législation, avons-nous dit, n'est pas l'unique source de notre Droit privé ; celui-ci résulte encore d'un Droit coutumier dont les manifestations essentielles résident dans l'œuvre des tribunaux et de la pratique des affaires. Nous ne pourrons donner une conclusion à notre étude qu'après l'examen de l'évolution du formalisme dans ces autres sources juridiques.

DEUXIEME PARTIE

Le formalisme dans les manifestations modernes du Droit coutumier

Nous avons déjà remarqué dans notre introduction la nécessité d'un Droit coutumier, même à notre époque où cependant la législation pourrait paraître suffisamment abondante pour réglementer toutes les situations juridiques. Le législateur ne peut statuer que sur des cas généraux, ceux qui se présentent le plus souvent ; mais, en fait, ces cas sont susceptibles de multiples variations, ne se présentent que rarement sous le même aspect. Il appartient aux juges de donner à ces situations diverses les solutions qui conviennent. D'autre part, l'économie d'un pays, les mœurs d'un peuple se transforment avec le temps et ces transformations appellent de la part du législateur des compréhensions nouvelles ; mais la loi n'évolue pas aussi vite, l'appareil législatif demeure encore trop lourd à manier pour satisfaire les nouveaux besoins des individus, dès qu'ils prennent naissance. Les particuliers

chercheront alors à se dérober aux prescriptions législatives qui ne s'harmonisent plus avec leurs intérêts. La pratique permettra aux parties d'adapter le Droit à leurs besoins, de « satisfaire aux tendances les plus opposées selon les mouvantes nécessités de chaque cas » (1).

Ainsi se crée un Droit coutumier dans l'œuvre de la jurisprudence et de la pratique juridique (2). Notre but consistera à relever dans ce droit coutumier les solutions afférentes au formalisme des actes juridiques.

Au premier abord, il semble qu'on doive constater dans la pratique des affaires une décroissance du formalisme. L'évolution historique nous montre, en effet, que les esprits se sont affinés, que les individus n'ont plus besoin pour se comprendre mutuellement d'employer les symboles et les signes indispensables aux manifestations de volonté chez les peuples primitifs, que, par suite, la simplification des formes devrait en résulter. Sans doute l'examen de la pratique nous permet de constater cette simplification, mais il faut distinguer de la tendance des individus à ne pas respecter certaines formes rigoureuses prescrites par la loi, leur désir de paralyser les prohibitions législatives à l'égard de certaines institutions. C'est surtout en ce dernier sens que l'œuvre de la pratique est antiformaliste. En effet la pratique possède sa plus large

(1) E.-H. PERREAU, *Déformation des lois par les actes juridiques et des actes juridiques par la jurisprudence* (Rev. Tri. Dr. civ. 1921, p. 609).

(2) Sur les conditions que doit présenter une jurisprudence ou une pratique pour devenir une coutume, cf. LEBRUN, *La coutume, ses sources, son autorité en Droit privé*, thèse, Caen, 1932.

sphère d'action dans le domaine contractuel et, précisément, en ce domaine, le législateur a posé le principe de la consensualité c'est-à-dire de l'absence du formalisme. Il est possible toutefois de découvrir des hypothèses où les individus se sont efforcés de laisser dans l'ombre les formes édictées par les textes. Avant la loi du 21 juin 1843, la plupart des actes notariés exigeaient la présence de deux notaires, mais, en fait, un seul notaire rédigeait l'acte et l'envoyait à la signature du second notaire. De même il était d'usage bien avant la loi de 1919 de ne pas présenter à l'officier de l'état civil l'enfant dont on déclarait la naissance, comme le prescrivait l'art. 55 du Code civil.

C'est pour éviter à leurs clients les formalités prévues par l'art. 1690 du Code civil à l'égard de la cession de créance (signification de la cession au débiteur ou acceptation de celui-ci dans un acte authentique) que, de bonne heure, les compagnies d'assurance ont inséré dans les polices des clauses à ordre et au porteur, rendant ces titres transmissibles par endossement ou simple tradition (1). L'art. 931 du Code civil au sujet des formes à observer pour la constitution d'une donation entre vifs a vu aussi sa portée décroître par le développement des « donations sans forme »...

En ce sens encore, on peut citer certaines règles issues de la pratique des affaires : les actes de notoriété sont admis à faire foi de la qualité d'héritier, alors que, théoriquement, seuls les extraits des registres

(1) Cf. PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire*, t. II, n° 1620. — AVRIL, *Les obligations hypothécaires à ordre et au porteur*, thèse, Paris 1929. — LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, t. II, n° 1397 et s.

d'état civil devraient réaliser cette preuve (1) ; les quittances font foi de leur date par elles-mêmes sans avoir besoin d'être enregistrées (2).

Nous avons dit que l'œuvre de la pratique était encore antiformaliste en ce sens que les individus se sont soustraits aux dispositions légales prohibitives qui ne cadraient pas avec leurs intérêts du moment. Nous étudierons plus loin par quels moyens les testateurs ont évité la nullité attachée par l'art. 896 du Code civil aux substitutions fidéicommissaires. Citons ici d'autres exemples : le legs de la chose d'autrui est impossible (art. 1021 C. civ.), mais le *de cujus* peut demander à son héritier d'acquérir un bien quelconque pour le transmettre à un légataire ; le contrat par lequel un commerçant cède sa clientèle est nul car son objet est hors du commerce, mais il sera possible d'arriver valablement au même résultat : le commerçant s'engagera à présenter son successeur à ses clients et à ne pas le concurrencer dans certaines conditions de temps et de lieu (3).

On peut aussi rattacher à cette œuvre désolennisatrice les clauses d'emploi et de remploi, fréquentes dans les contrats de mariage et destinées à remédier aux inconvénients de l'inaliénabilité dotale ; les clauses de résolution de plein droit dans les contrats synallagmatiques, au cas où une partie n'exécute pas son

(1) Cf. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, t. IV, n^o 334 et 335. — LEBRUN, *thèse citée*, pp. 423 et s.

(2) Cf. AUBRY et RAU, *Cours de Droit civil français*, t. V, p. 214, note 29 ; t. XII, p. 234, note 114.

(3) Cf. JOSSEMERAND, *Libéralisme et verbalisme*. Chronique, D. H. 1933, p. 65.

obligation, destinées à faire échec à la nécessité de l'intervention judiciaire prévue par l'art. 1184 ; les clauses de dispense de caution dans les constitutions d'usufruit ; la pratique des assemblées générales extraordinaires avant les lois de 1867, 1913 et 1930 : si les administrateurs d'une société florissante décidaient de proroger cette société au delà du terme fixé par les statuts ou si ces statuts n'étaient plus en harmonie avec les circonstances économiques nouvelles, ils auraient dû théoriquement faire prononcer la dissolution de la société et en constituer une nouvelle en apportant aux anciens statuts les modifications nécessaires ; la pratique des assemblées générales extraordinaires permettait d'accomplir ces modifications sans entraîner toutes ces complications lentes et coûteuses...

Toutes ces pratiques qui assouplissent le Droit, facilitent certaines institutions, sont bien, croyons-nous, des manifestations antiformalistes.

Remarquons avec M. Josserand que les individus n'arrivent à tourner les prohibitions légales qu'en employant certains termes précis destinés à sauver les apparences. C'est grâce à ce « verbalisme », donc à une technique formaliste, que peuvent se réaliser les buts poursuivis. Cela suffirait à nous faire conclure que le recul du formalisme ne se rencontre pas à l'état pur dans la pratique des affaires. Nous verrons, en outre, que la sécurité, ce facteur indispensable à toute action juridique, a entraîné en pratique, dans une certaine mesure, un renouveau du formalisme.

Il ne faut pas oublier, d'autre part, ainsi que nous l'avons déjà signalé, que l'œuvre de la pratique est limitée par l'intervention du législateur et des juges.

La loi peut interdire les innovations de la pratique qui lui paraissent contraire à l'intérêt public. D'autre part la validité de ces innovations peut être portée devant les tribunaux. Comment ceux-ci accepteront-ils les tendances extra-légales manifestées par les individus ? D'une manière plus précise, quelle position va prendre la jurisprudence à l'égard du formalisme des actes juridiques ?

En face d'un acte né de la pratique et dont la validité lui est soumise, le juge doit agir d'une manière libérale. L'objectif des tribunaux est « de donner aux besoins de la pratique et au sentiment de la justice toute satisfaction, soit qu'ils admettent la validité d'un engagement d'une régularité contestable, soit qu'ils sous-entendent des engagements d'une existence douteuse, d'après les concepts de la doctrine... » (1).

Cette interprétation libérale se fonde sur un argument d'ordre social et sur les dispositions des articles 1156 et 1157 du Code civil. Le juge est, en effet, l'interprète des aspirations de son temps et il est naturel qu'il cherche à donner effet aux innovations juridiques de ses contemporains car chacun est le meilleur protecteur de ses intérêts propres.

L'art. 1156 du Code civil demande au juge de rechercher dans une convention « la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ». Cette disposition, écrite au sujet de l'interprétation des conventions et ne visant que les clauses douteuses, est considérée comme l'applica-

(1) E.-H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence en Droit privé*, t. II, 1923, p. 2.

tion à un cas spécial d'un principe général à la base de l'interprétation jurisprudentielle des actes juridiques ; elle résoud le problème de la valeur réciproque de la volonté réelle et de la volonté déclarée (1). Ce problème peut recevoir plusieurs solutions. On peut d'abord admettre que l'intention des auteurs de l'acte ne doit jouer aucun rôle et que la portée de cet acte est déterminée souverainement par le juge. Cette première solution n'a reçu que peu d'adhésions car elle entraînerait fatalement une grande incertitude dans les relations juridiques, les conceptions de chaque juge pouvant différer sur la portée de l'acte. Une solution plus intéressante a été fournie par la doctrine allemande : elle consiste à faire prédominer « l'expression matérielle de la volonté sur la volonté psychologiquement réelle ». Certains ont cru voir dans le Code civil allemand une application de cette solution. Il semble qu'à cet égard il faille distinguer : pour qu'il y ait acte juridique, au sens du Droit positif allemand, il faut que l'auteur de cet acte l'ait « réellement et psychologiquement » voulu, mais, quant au contenu de cet acte, c'est au juge qu'il appartient de déterminer ce que l'auteur de l'acte a voulu, en se basant sur les mots employés. Ces mots doivent d'ailleurs être interprétés dans « leur sens normal sur la base de la volition d'un homme normal ». Ces tempéraments font que la théorie allemande aboutit, en fait, aux mêmes résultats que la théorie qui a toujours été celle

(1) Cf. BONNECASE, *op. cit.*, t. II, pp. 476 et s. — CHABAS, *De la déclaration de volonté*, thèse, Paris, 1932. — PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, t. VI, n° 103.

de la doctrine et de la jurisprudence française (1) : la prédominance de la volonté interne et réelle sur l'expression matérielle de cette volonté. D'ailleurs cette théorie n'est pas appliquée rigoureusement. Il y a d'abord la question de la preuve au sujet de laquelle l'article 1341 doit toujours être respecté ; en outre, la jurisprudence sauvegarde les intérêts des tiers qui pourraient être lésés par la divergence entre les termes employés et la volonté réelle ; à cet égard, l'auteur de l'acte peut se rendre coupable d'une faute au sens du Code civil et sa responsabilité peut se trouver, par suite, engagée.

Le juge doit donc, à l'égard de l'acte dont la validité lui est soumise, rechercher la volonté réelle de son auteur. Or il est un point qui ne fait aucun doute : l'auteur de l'acte a voulu donner effet à cet acte. On ne conçoit pas le fait pour un individu de créer un acte juridique, sachant et prévoyant dès l'origine que cet acte ne produira aucun effet. Ce sera donc le rôle du juge de rechercher les moyens aptes à donner effet à l'acte qu'il doit interpréter et ce rôle est corroboré par l'art. 1157 qui dispose : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun. » C'est encore M. E.-H. Perreau qui écrit que, pour accorder vie juridique aux conventions des parties, les juges devraient au besoin « don-

(1) Le projet de Code franco-italien sur les obligations s'est rallié à cette théorie. Cf. VIFORÉANU, *Contribution à l'étude du contrat dans le projet franco-italien*, thèse, Paris, 1932, p. 38.

ner, sous couleur d'interprétation, quelque entorse aux volontés apparentes des parties, leur premier but n'étant-il pas de faire acte juridiquement valable, malgré la défectuosité des moyens employés par leur ignorance du droit ? » (1).

On doit dès lors conclure à la tendance antiformaliste de la jurisprudence puisqu'il s'agit pour elle de donner effet à des actes qui ne remplissent pas les conditions et qui ne respectent pas les formes établies par la loi.

Dans cette œuvre désolennisatrice, notamment pour tourner les prohibitions légales, les juges s'appuient sur les affirmations et les termes employés par le ou les auteurs de l'acte. Nous verrons des exemples de cette collaboration entre la pratique et la jurisprudence quand nous examinerons les moyens employés pour éviter les formalités prévues par les art. 931, 938, 948 du Code civil relatifs à la constitution des donations entre vifs et pour se dérober à l'interdiction des substitutions fidéicommissaires établie par l'art. 896. Nous avons dit ci-dessus comment un testateur pouvait obvier à la prescription de l'art. 1021, annulant le legs de chose d'autrui ; un arrêt de la Cour de Paris du 19 octobre 1927 a reconnu implicitement cette possibilité (2). Un autre arrêt de la même cour (3) a décidé que la confiance inspirée par un médecin est une chose toute personnelle, que, dès lors, la cession d'une

(1) E.H. PERREAU, *article précité* (*Rev. Tri. dr. civ.* 1921, p. 611).

(2) D. H. 1927.561.

(3) Paris, 16 novembre 1927, D. H. 1928.91.

clientèle médicale est impossible, mais qu'il n'est pas défendu à un médecin « de s'engager vis-à-vis d'un confrère à le présenter à ses malades et à faire toutes démarches utiles ; qu'il est pareillement possible de s'interdire l'exercice de la médecine dans une ville ou un quartier déterminé ». On arrive ainsi au même résultat.

L'interprétation libérale de la jurisprudence à l'égard des actes juridiques, sans l'appui des déclarations des auteurs de ces actes, se manifeste dans de nombreuses hypothèses. Nous renvoyons à plus tard l'étude de la jurisprudence qui a véritablement désolennisé le testament. Citons ici la validité reconnue, après quelques hésitations, aux clauses à ordre et au porteur employées pour la cession de créances civiles (1). En matière d'effets de commerce, les tribunaux ont aussi admis l'acceptation des lettres de change par acte séparé, malgré l'opinion de la doctrine dominante (2), car une telle faculté semble contraire au texte de l'art. 122 du Code de commerce. La jurisprudence, d'ailleurs, a quelque peu hésité avant d'attacher effet à l'acceptation de la traite par acte séparé (3) ; la Cour de Cassation, cependant, décida toujours que cette accepta-

(1) Pour la clause à ordre, cf. notamment : Cass. civ., 8 mai 1878, D. 78.1.241, note BEUDANT ; Cass. civ., 7 mai 1879, D. 79.1.307 ; Req., 15 mars 1892, D. 93.1.309. — Pour la clause au porteur : Cass. civ., 29 juin 1881, D. 82.1.106 ; Cass. civ., 24 octobre 1911, P. 1914.1.241, note NAQUET ; Civ., 25 mars 1931, D. H. 1931.283.

(2) LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, t. II, n° 1255.

(3) Caen, 5 mars 1849, D. 49.2.150 ; Paris, 18 juillet 1849, D. 49.11.255.

tion pouvait être donnée dans une forme quelconque, même par lettre missive, pourvu qu'elle soit formelle et non conditionnelle ; les cours d'appel se sont maintenant rangées à l'opinion de la Cour suprême (1).

C'est aussi dans le but d'accroître les effets attachés aux actes juridiques que la jurisprudence a « minimisé » les nullités pour vices de forme. En ce sens, un arrêt de la Cour de cassation a décidé que les tiers ne pouvaient se prévaloir du défaut d'application de l'art. 1325 du C. civ. visant la confection, en autant d'originaux qu'il y a de parties intéressées, des actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques et la mention, sur chaque original, du nombre des originaux qui en ont été dressés. Bien que le texte soit muet sur les personnes possédant l'action en nullité, l'arrêt a décidé que cette action n'appartenait qu'aux parties contractantes (2). Dans le même but, un arrêt de la cour de Paris a décidé que l'absence de la mention du « bon pour », prévue par l'art. 1326, n'entraînait pas la nullité de l'acte ; celui-ci peut valoir comme commencement de preuve par écrit s'il porte la signature du débiteur (3). De même l'inobservation de l'art. 1325 ne rend pas l'acte nul entièrement, il vaut comme commencement de preuve par écrit (4). Citons encore un arrêt de la Chambre Civile duquel il résulte que les règles concernant la

(1) Cf. notamment Bordeaux, 13 mars 1928, D. H. 1928.342. Le pourvoi contre cette décision fut rejeté par arrêt de la Ch. civ. 4 février 1929, D. 1929.1.61, note BESSON.

(2) Cass. civ., 22 oct. 1900, D. 1901.1.69.

(3) Paris, 23 fév. 1925, D. 1926.11.3.

(4) Paris, 14 fév. 1929, D. H. 1929.193.

composition du conseil de famille (art. 407 à 409 du C. civ.) ne sont pas prescrites à peine de nullité (1).

Cette œuvre de la jurisprudence qui aboutit au recul du formalisme n'est pas sans limites. Nous verrons que l'ordre public et les bonnes mœurs ont empêché les tribunaux d'aller jusqu'au bout dans leur interprétation libérale à l'égard de la validité des actes juridiques.

Ces idées générales sur la position prise par les manifestations modernes du Droit coutumier à l'égard du formalisme des actes juridiques nous permettent de conclure, en principe, à la décroissance de ce formalisme dans la pratique des affaires et dans la jurisprudence. Nous avons indiqué d'un mot que cette œuvre désolennisatrice était limitée. Dès lors, notre plan s'impose : dans un titre premier, relatif à l'œuvre coutumière antiformaliste, nous examinerons les cas les plus typiques où se manifeste cette tendance et nous rechercherons, dans un second titre, comment et pourquoi, dans certaines hypothèses, la pratique et la jurisprudence acceptent ou aggravent le formalisme.

(1) Civ., 27 fév. 1928, D. 1929.1.22.

TITRE PREMIER

Le recul du formalisme en Droit coutumier

Le régime des libéralités nous offre les cas les plus intéressants dans lesquels, corrélativement aux principes indiqués ci-dessus, soit la pratique, soit la jurisprudence, soit la pratique et la jurisprudence ont entraîné la décroissance du formalisme des actes juridiques. Les commentaires relatifs à cette étude seront groupés dans un premier chapitre. Nous examinerons ensuite dans un second chapitre comment la jurisprudence, allant au delà de tout formalisme, a reconnu au « silence » la possibilité d'engendrer certains effets de Droit.

CHAPITRE PREMIER

LA LUTTE CONTRE LE FORMALISME DANS LE RÉGIME DES LIBÉRALITÉS

Le Code civil avait établi des formes rigoureuses pour la réalisation des donations entre vifs ; les tes-

taments, d'autre part, n'étaient rendus possibles que dans des cadres déterminés ; l'art. 896, enfin, avait prohibé les substitutions fidéicommissaires. Voyons comment la pratique des affaires et les tribunaux ont obvié à ces diverses réglementations.

SECTION I. — LA DÉSOLENNISATION DES DONATIONS

ENTRE VIFS

Par crainte d'influences néfastes sur le donateur, pour donner à celui-ci le temps de réfléchir et d'apprécier la gravité de l'acte qu'il se propose d'accomplir ; peut être aussi par simple défaveur pour les libéralités dont le rôle est économiquement inférieur aux actes onéreux et dont, par suite, l'intérêt du commerce ne réclame pas, aussi impérieusement que pour ceux-ci, la facilité, pour rendre effectif, enfin, le principe de l'irrévocabilité de la donation, l'art. 931 du Code civil a ordonné la rédaction en la forme notariée et la conservation en minutes des actes « portant donation entre vifs » (1). En outre, le donataire doit accepter la donation en termes « exprès » et, si cette acceptation intervient par acte séparé, elle doit être contenue dans un acte authentique et signifiée au donateur par l'entremise d'un huissier (art. 932). Enfin si la donation porte sur des biens mobiliers, l'art. 948 impose la confection d'un état estimatif, annexé à la minute de la donation. On

(1) La donation est même l'un des rares actes à l'heure actuelle où subsiste la nécessité de la présence d'un second notaire ou de deux témoins instrumentaires.

aperçoit ainsi la rigueur de ces formes dont le défaut est sanctionné par la nullité de l'acte.

La pratique devait mal s'accommoder de ce formalisme. Les donations sont, en effet, d'un usage courant. Pour éviter l'emploi de ces formes et pour diverses raisons que nous indiquerons plus tard, les individus se sont ingéniés à rechercher des moyens leur permettant de se dérober aux conditions requises par les art. 931, 932 et 948. La jurisprudence les a aidés dans cette voie en validant les actes qui se sont développés ou qui sont nés de cette pratique : dons manuels, donations indirectes, donations déguisées, institutions qui échappent aux règles de forme, mais non aux règles de fond, des libéralités entre vifs (1).

§ 1^{er}. — *Les dons manuels*

Le don manuel est d'origine très lointaine, il existait même avant que le chancelier d'Aguesseau ait requis la présence du notaire pour la rédaction de l'acte portant donation. Il consiste dans la tradition

(1) Sur les donations sans formes, cf. notamment : BRESSOLLES, *Théorie et pratique des dons manuels*, Paris, 1885. — PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, t. V, pp. 390 et s. ; *Traité élémentaire*, n^{os} 2533 et s. — COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. III, 1932, pp. 328 et s. — JOSSERAND, *op. cit.*, t. III, 1933, pp. 749 et s. — SCHMITZ, *Des donations sans formes et spécialement des donations déguisées sous l'apparence d'un acte à titre onéreux*, thèse, Paris, 1897. — GUÉRAÇAGUE, *Des donations déguisées*, thèse, Bordeaux, 1907. — DALLIGNY, *Etude de jurisprudence sur les donations déguisées*, thèse, Paris, 1927. — BAZILLE, *Les donations par renonciation*, thèse, Paris, 1929.

d'un meuble corporel (1). La validité du don manuel n'a d'ailleurs jamais été contestée. L'auteur et les commentateurs de l'ordonnance de 1731 avaient pris soin de préciser que seules les donations qui nécessitaient un écrit devaient être consignées par acte authentique, ce qui excluait les dons manuels qui se réalisent sans acte. Or les rédacteurs du Code civil ont employé les mêmes termes que l'ordonnance de 1731 et il est naturel de penser qu'ils en ont accepté l'esprit. Les travaux préparatoires du Code confirment cette solution. « Nous devons remarquer, disait le tribun Jaubert, que le projet se sert des termes : tout acte de donation. Le projet ne parle pas des dons manuels et ce n'est pas sans motif » (2).

Des auteurs s'appuient aussi sur ce fait que plusieurs articles du Code civil ne se comprendraient pas si le don manuel n'avait pas été reconnu licite et valable dans la pensée des rédacteurs, notamment l'art. 852 dispensant du rapport successoral les présents d'usage, présents qui se réalisent le plus souvent par simple tradition, l'art. 868 dont la disposition finale sous-entend la validité d'une donation d'effets mobiliers sans confection d'un état estimatif. La loi de budget du 18 mai 1850 a reconnu implicitement la validité du don manuel puisque son art. 6 prévoit la perception des droits d'enregistrement sur tous les actes renfermant la déclaration d'un don

(1) Les parties peuvent rédiger un écrit. Le donateur a intérêt à cette confection d'un écrit pour se faciliter la preuve du don, mais jamais l'écrit n'est exigé *ad validitatem* ; la tradition suffit à procurer au don manuel toute sa valeur.

(2) LOCRÉ, *Lég. civ.*, t. XI, p. 459.

manuel et sur tout jugement constatant l'existence d'une telle libéralité.

D'autre part la rédaction d'un écrit ne serait d'aucune utilité pour le donataire dont le droit est suffisamment protégé par l'art. 2279 : en fait de meubles, possession vaut titre. Remarquons enfin avec M. Bressolles qu'autrefois les objets mobiliers étaient en général de peu de valeur et que les dons manuels étaient, par suite, très modiques. L'exigence à leur égard des conditions requises par les art. 931 et suiv. aurait donc été prohibitive (1).

Mais la fortune mobilière s'est notablement accrue au XIX^e siècle et jamais, cependant, la validité des dons manuels, au moyen desquels peuvent se transmettre des fortunes, n'a été mise en doute. Bien plus, l'examen de la pratique et de la jurisprudence nous fait apercevoir l'accroissement du rôle joué par les dons manuels et la possibilité de l'entourer de certaines modalités.

Le rôle du don manuel a pris de nos jours une grande importance du fait des rigueurs fiscales — on pense souvent que les difficultés de preuve du don manuel éviteront au bénéficiaire la perception des droits sur la transmission des biens — et du fait du développement en nombre et en valeur des meubles corporels.

Le don manuel peut être réalisé par l'intermédiaire d'un tiers : il en est ainsi notamment au cas où un créancier donne l'ordre à son débiteur de s'acquitter

(1) BRESSOLLES, *op. cit.*, p. 88, n^o 55.

entre les mains de celui qu'il veut gratifier (1). Toutefois l'entremise d'un mandataire peut entraîner certaines difficultés qui en font une opération délicate (2).

Ce qui nous prouve la tendance désolennisatrice de la pratique et de jurisprudence, c'est le désir qu'elles ont manifesté d'étendre le don manuel en dehors de son champ d'application normal : les meubles corporels.

Quant aux titres de créance, d'abord, les tribunaux ont toujours refusé au titre nominatif la possibilité d'être transmis par don manuel ; il faut à son égard respecter les formalités du transfert ; mais il semble que la remise de ce titre par simple tradition pourrait valoir comme don manuel des revenus, les banques payant ceux-ci au porteur du certificat. Le titre au porteur, par contre, a toujours été reconnu susceptible de don manuel ; l'article 35 du Code de commerce prévoit d'ailleurs expressément sa transmission par tradition (3). Le titre à ordre enfin se transmet par voie d'endossement et le don manuel en est, en principe, impossible par la simple remise du titre. Toutefois, avant la loi du 8 février 1922 qui a supprimé dans l'endossement la mention de la valeur fournie, quelques vieilles décisions avaient admis comme don manuel l'endossement causé pour don (4).

(1) Besançon, 2 fév. 1927, D. H. 1927.212.

(2) BRESSOLLES, *op. cit.*, pp. 184 et s.

(3) La jurisprudence admet le don manuel du titre au porteur. Pour s'en tenir aux arrêts les plus récents, cf. Req., 16 août 1881, D. 82.1.477 ; Paris, 30 déc. 1881, S. 82.2.36.

(4) Req., 25 janvier 1832, S. 1832.1.189 ; Paris, 18 mai 1867, *Gaz. Trib.* 10 juillet 1867.

Quant à la propriété industrielle, artistique et littéraire, le don manuel reste impossible pour la cession de fonds de commerce qui doit respecter les formes établies par les lois. De même le certificat qui constate le brevet d'invention, la marque de fabrique, le dessin ou le modèle, étant nominatif, sa cession est soumise aux formes du transfert. Mais l'objet de la propriété artistique et littéraire est matérialisé : un tableau, une statue, un manuscrit. Le don manuel en est donc possible et la jurisprudence est depuis longtemps fixée à cet égard (1). La question s'est même posée de savoir si le don manuel d'un manuscrit emportait droit de publication. Les arrêts décident que le don manuel d'un manuscrit n'emporte pas *de plano* le droit de le publier, mais, la charge de la preuve étant réservée au donataire, ils admettent, en se basant sur un pacte adjoint tacite, qu'un tel droit peut accompagner la tradition du manuscrit (2).

La faveur de la pratique et de la jurisprudence à l'égard du don manuel s'est surtout manifestée par la possibilité reconnue d'adjoindre à un tel don certaines modalités.

Reprenant une opinion déjà émise par M. Labbé, M. Bressolles a méconnu la possibilité d'adjoindre certains pactes au don manuel (3). Pour cet auteur, le

(1) Cf. notamment : Bordeaux, 4 mai 1843, D. 1843.2.479. — « attendu qu'un manuscrit contenant une œuvre littéraire, quel que soit son mérite comme production de l'esprit, peut être matériellement transmis et devenir l'objet d'un don manuel... ».

(2) Paris, 4 juillet 1890, D. 95.2.321 ; Paris, 8 mars 1911, S. 1911.2.135 ; Civ., 26 février 1919, D. 1923.1.215.

(3) Cf. BRESSOLLES, *op. cit.*, n° 62, p. 96 et n° 174 et s., p. 259.

Code civil a envisagé les libéralités entre vifs avec méfiance et les a entourées de conditions rigoureuses de forme et de fond. Or le don manuel est une donation et doit être traité, lui aussi, avec sévérité. L'interprétation restrictive s'impose : le seul don manuel qui soit valable est celui qui transfère purement et simplement la pleine propriété. Mais alors que M. Labbé, se fondant sur l'article 900 du C. civ., tient toujours les pactes adjoints au don pour inexistants, M. Bressolles distingue : si le pacte adjoint est destiné à procurer au donataire des droits plus étendus que n'en procurerait un don manuel normal, l'opération reste valable mais le pacte est réputé non écrit ; si, au contraire, le pacte adjoint restreint les droits du donataire, toute l'opération est nulle.

L'accord entre ces auteurs se retrouve sur un point : le respect des formes prévues par les articles 931 et s. est nécessaire si on veut entourer valablement un don manuel de certaines modalités.

Telle n'est pas l'opinion de la jurisprudence qui valide les pactes adjoints au don manuel. La tradition n'est, en effet, que la manifestation extérieure du consentement des parties. Le don manuel reste un contrat et, comme tel, il peut recevoir de ses auteurs toutes les modalités qu'ils désirent, pourvu qu'elles ne soient pas contraires à l'irrévocabilité des donations.

-- LABBÉ, en notes sous Caen, 28 mai 1879, S. 1880.2.280 et sous Paris, 30 déc. 1881, S. 1883.2.41, et dans *Rev. Tri. dr. civ.* 1882 et 1884 en commentaires de jurisprudence.

Ainsi, il est admis aujourd'hui, après quelques hésitations de la cour de Paris (1), qu'un don manuel peut être fait avec réserve d'usufruit. La règle « donner et retenir ne vaut » ne subit pas d'atteinte, puisque le donateur se dépouille de la nue-propriété. Il suffit que la tradition ait eu lieu réellement : par exemple, s'il s'agit d'un don manuel de titre au porteur, la remise du titre au donataire doit être réalisée, quitte aux parties à s'arranger par la suite pour permettre au donateur de toucher les revenus (2).

De même le donateur peut requérir du donataire la charge de faire des distributions d'aumônes (3).

Une condition résolutoire peut encore être adjointe à un don manuel à condition qu'elle réalise les conditions prévues aux articles 951 et 952 du C. civ. sur le retour conventionnel des donations.

Enfin, par un pacte de préciput, le donateur peut dispenser son héritier donataire du rapport. Bien plus, le seul fait du don manuel, accompagné de l'examen des circonstances de la cause, peut permettre aux juges d'en déduire une dispense tacite de rapport... (4).

(1) Paris, 16 août 1878, arrêt cassé, rapporté sous Req., 11 août 1880, D. 80.1.461 ; Paris, 21 nov. 1879, S. 80.2.48.

(2) Cf. Civ., 5 août 1878, D. 72.1.253 ; 22 décembre 1891, D. 92.1.510 ; Nîmes, 16 nov. 1903, S. 1906.2.105 et la note.

(3) Trib. Seine, 18 janvier 1884, *Le droit*, 19 janv. 1884 ; Dijon, 22 janv. 1896, D. 96.2.325.

(4) Cf. notamment Req., 28 juillet 1920, P. 1921.1.174.

§ 2. — *Les donations indirectes*

La donation indirecte est celle qui se réalise, sans simulation, dans un acte neutre, c'est-à-dire qui peut être selon les cas onéreux ou gratuit, ou dans un acte onéreux. C'est le fait, par exemple, d'une vente dont le prix ne correspond pas à la valeur réelle de l'immeuble ; c'est aussi le cas d'un paiement pour autrui, d'un achat sous le nom d'autrui, d'un transfert de titre nominatif ou d'un endossement de titre à ordre, sans contre-partie. La stipulation pour autrui réalise encore une donation indirecte quand le tiers bénéficiaire n'avait aucun droit de créance contre le stipulant.

L'étude des donations indirectes n'offre que peu d'intérêt, car leur validité a toujours été reconnue en jurisprudence (1). On en a donné pour raison les termes de l'article 931 : « acte portant donation », mais leur valeur résulte plutôt de ce fait qu'il eût été impossible de motiver une disposition prohibitive à leur égard car aucun texte n'empêche de tels actes.

§ 3. — *Les donations déguisées*

La donation déguisée est celle « qui est faite sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux au moyen

(1) Cf. quelques exemples : pour une reconnaissance de dette, sans que cette reconnaissance soit causée à titre onéreux : Civ., 11 juillet 1888, D. 89.1.479 ; Civ., 23 mai 1876, D. 76.1.254. — Pour un achat sous le nom d'autrui : Civ., 13 déc. 1859, D. 59.1.503. — Pour une cession de créance : Paris, 13 mars 1906 ; sous Req., 11 déc. 1907, D. 1912.1.266 ; Civ., 18 oct. 1909, D. 1910.1.462,

d'une simulation contenue dans l'acte » (1). Le déguisement peut se réaliser dans une vente dont le prix ne sera jamais versé, dans un bail, dans une reconnaissance de dette causée à titre onéreux et qui en fait, n'existe pas.

La pratique des donations déguisées répond à divers buts. Parfois c'est une question de famille qui entre en jeu : un père, par exemple, désire avantager un de ses enfants sans que les autres ne s'en aperçoivent ; dans d'autres cas, les auteurs de l'acte cherchent à se soustraire aux exigences fiscales relatives aux libéralités et à n'acquitter que les droits imposés aux actes onéreux (2) ; d'autre part, si les donations déguisées, comme toutes les autres donations sans formes, obéissent aux règles de fond des libéralités, notamment aux règles de la réduction et du rapport, l'application de ces règles n'est rendue possible que si le contrat apparent est attaqué et reconnu comme renfermant une libéralité ; de même l'action paulienne est plus difficilement réalisable contre les actes onéreux et ce peut être une raison pour certains de dissimuler une donation ; parfois, enfin, entre en ligne de compte le simple désir de se dérober aux formalités sévères des articles 931 et s.

La validité des donations déguisées est nettement établie aujourd'hui et ne fait plus l'objet de procès (3).

(1) PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire*, t. III, n° 2552.

(2) Remarquons que l'art. 4 de la loi du 13 juillet 1925 frappe d'un double droit en sus la dissimulation d'un contrat sous l'apparence d'un acte donnant ouverture à des droits moins élevés.

(3) Cf. par exemple : Req., 20 juin 1893, D. 93.1.598 ; 28 mai 1895, D. 96.1.153 ; Civ., 28 janv. 1903, D. 1903.1.238.

Sur quels argumens se fondent les arrêts pour appuyer cette solution ? Ils se targuent, ici encore, des termes employés par l'article 931 « acte portant donation », ce qui exclut de son champ d'application les actes qui déguisent une donation ; d'autre part, les articles 911 et 1099 ont établi dans des cas spéciaux, se rattachant à l'incapacité de recevoir du donataire, la nullité du déguisement : c'est donc que celui-ci est possible en principe ; enfin, dans notre Droit, la simulation est admise quand elle est faite sans fraude et c'est à la question de savoir si le seul fait de déguiser une donation sous l'apparence d'un acte onéreux constitue une simulation simple ou frauduleuse qu'ont eu à répondre les tribunaux.

La réponse à cette question a fait l'objet, dans les décisions judiciaires, d'une évolution intéressante dans le sens d'une plus grande validité. En outre la jurisprudence s'est montrée libérale pour l'appréciation des conditions que doivent réaliser les donations déguisées valables.

Peu après le Code civil, la Chambre civile de la Cour de cassation décida que le déguisement d'une libéralité dans un acte onéreux n'était pas en principe une fraude (1), mais le déguisement devient frauduleux dans les cas où la chose donnée est indisponible c'est-à-dire porte atteinte à la réserve héréditaire et dans les cas où le donataire est incapable de recevoir (2).

La Chambre des Requêtes, par contre, rejeta le 24 novembre 1808, un pourvoi contre la Cour de

(1) 5 janvier 1814, S. 1814.1.170.

(2) 13 août 1817, S. 1817.1.383.

Rouen qui avait annulé un acte renfermant une donation déguisée parce que cet acte n'avait pas respecté les formes exigées pour la validité des donations (1). Cette décision de la Chambre des Requêtes est restée isolée et nous n'avons pas à en tenir compte.

Les arrêts rendus par la Chambre civile, au contraire, ont fait école et de nombreuses décisions de cours et tribunaux ont admis leurs solutions (2). La Chambre civile, d'ailleurs, ne devait pas en rester là. Si, en effet, il y a sûrement fraude quand le donataire est incapable de recevoir, car l'incapacité s'apprécie au moment de la donation, il n'en saurait être de même pour les atteintes portées à la réserve, celle-ci ne pouvant s'apprécier qu'au décès du donateur. C'est pourquoi la jurisprudence a abandonné l'idée que l'atteinte à la réserve constitue *de plano* une fraude entraînant la nullité de toute l'opération. Il ne doit s'ensuivre que la réduction de la donation dans les limites de la quotité disponible (3). Ce qu'il y a de plus choquant, c'est que certaines décisions aient admis la simple réduction de la libéralité alors qu'elles reconnaissaient l'opération entachée de fraude (4).

Quant aux dotations déguisées faites à des personnes incapables de recevoir, il semble que l'article 911 du C. civ. tranche la question définitivement puisqu'il en édicte la nullité totale. Cependant un arrêt

(1) S. 1809.1.99.

(2) Bordeaux, 12 juin 1876, S. 77.2.12 ; Douai, 6 avril 1914, S. 1915.2.48.

(3) Cf. Req., 1^{er} juin 1932, D. 1932.1.169 (2^e espèce).

(4) Civ., 13 déc. 1959, S. 1860.1.624 et l'arrêt de la Ch. des Req. du 1^{er} juin 1932 précité,

de la Cour de Pau en date du 24 juillet 1872 en a décidé autrement et a admis, dans ce cas, la simple réduction de la libéralité (1), mais cette décision qui allait à l'encontre des textes, est restée isolée... (2).

La jurisprudence s'est également montrée libérale dans l'appréciation des conditions que doivent, pour être valables, réunir les donations déguisées : apparence onéreuse, respect des formes particulières de l'acte dont elles empruntent le cadre.

Au sujet de la seconde condition il n'y a pas de difficulté. Ainsi la donation déguisée dans un acte onéreux sous seing privé devra satisfaire aux formes établies par le Code relativement aux actes privés (3).

Sur l'appréciation de l'apparence onéreuse, au contraire, les tribunaux ont évolué dans le sens de procurer une plus grande validité aux donations déguisées. Tout le monde est d'accord sur la nécessité de cette apparence onéreuse sans laquelle on ne pourrait pas dire que la donation est déguisée ; mais que faut-il entendre par « apparence onéreuse » ? De bonne heure un point a été acquis : un acte qui présente plus d'avantages pour une des parties contractantes que pour l'autre peut néanmoins conserver un caractère onéreux (4).

(1) S. 1872.2.150.

(2) Cf. Bordeaux, 12 juin 1876, S. 77.2.12 ; Limoges, 27 déc. 1898, D. 1901.2.286 ; Douai, 6 avril 1914, S. 1915.2.48 ; Civ., 2 avril 1932, D. 1932.1.169 (1^{re} espèce) dans un cas où il y avait violation des art. 1098 et s.

(3) Cf. Req., 17 janv. 1934, D. H. 1934.164.

(4) Req., 2 mars 1808, S. 1808.1.494 ; Lyon, 7 avril 1870, S. 1871.2.237,

Plus particulièrement, la question s'est posée de savoir si une vente déguisant une donation devait comporter un prix sérieux. La plupart des décisions admettent qu'il n'est pas nécessaire que le prix indiqué corresponde à la valeur réelle du bien (1). Cependant, un arrêt de la Chambre des Requêtes en date du 26 avril 1893 a jugé qu'une cession d'immeuble à charge de rente viagère, inférieure aux revenus de cet immeuble, ne constituait ni une vente, à cause du défaut de prix réel, ni une donation déguisée, à cause de la pure libéralité que révèle un tel acte (2). Mais la Chambre civile n'a pas admis cette solution et, dans un sens favorable aux donations déguisées, elle a décidé « qu'une donation déguisée sous forme de vente ne saurait être déclarée nulle, sur le motif que le prix serait fictif et notamment lorsque ce prix consiste en une rente viagère, sur le motif que celle-ci ne comporterait en réalité aucune chance aléatoire au profit du donateur » (3).

En dehors de toute question de quantum, on s'est demandé si une donation déguisée dans un acte causé pour « services rendus » réalisait bien une apparence onéreuse. La jurisprudence a répondu par l'affirmative (4).

Mais est-ce que l'apparence onéreuse existe dans un simple billet non causé ? Les décisions judiciaires attachent le caractère onéreux aux billets intitulés « je

(1) Montpellier, 12 avril 1834, S. 1835.2.24 ; Douai, 14 juin 1852, S. 1853.2.97.

(2) S. 1893.1.413.

(3) Cass. civ., 3 déc. 1912, S. 1914.1.388 (1^{re} espèce).

(4) Notamment Req., 11 juin 1925, D. H. 1925.447.

reconnais devoir »..., car ces termes impliquent une reconnaissance de dette (1). Si le billet n'indique que « bon pour telle somme » ou « je paiera à »..., l'examen des circonstances de la cause dicte la réponse de la jurisprudence (2).

Ainsi se montre le libéralisme de la jurisprudence à l'égard des donations déguisées. Mais les tribunaux n'ont pas été jusqu'au bout de la théorie de la validité. Dans certains cas spéciaux les juges ont dû freiner leur tendance libérale (3). C'est ainsi qu'une longue suite d'arrêts a décidé l'application des peines du recel au cas de donation déguisée faite à un successible et entamant la réserve de ses cohéritiers, alors que le bénéficiaire n'avait pas rapporté la libéralité à la succession du donateur. Le bénéfice de la donation est donc enlevé dans ce cas ou donataire puisqu'il est privé de sa part dans les objets détournés (4).

Quoiqu'il en soit de ces cas particuliers, la théorie de la validité des donations déguisées est solidement établie. Si on signale encore que les donations par voie de souscription ne sont pas assujetties aux formes des art. 931 et suiv. (5), on se rendra compte du peu de place que prennent en pratique les formes sévères

(1) Civ., 11 juillet 1888, S. 1888.1.409 ; Cass. civ., 11 fév. 1896, S. 1896.1.69.

(2) Cf. Civ., 23 mai 1876, S. 1876.1.342 ; Civ., 5 déc. 1877, S. 1878.1.200.

(3) Cf. DALLIGNY, *thèse citée*, pp. 127 et s. — SABATIER, note au D. 1932.1.169.

(4) Req., 24 déc. 1924, D. 1925.1.82 ; Req., 19 déc. 1927, S. 1928.1.142 ; Req., 22 oct. 1928, D. 1929.1.101.

(5) Nancy, 17 mars 1920, D. 1920.2.65, dont le pourvoi a été rejeté par arrêt de Civ., 5 février 1923, D. 1923.1.20.

édictées par le Code civil. Nous pouvons donc conclure avec M. Josserand que « de plus en plus l'acte portant donation devient l'exception tandis que la donation dite « sans forme » devient la règle : le formalisme subit un recul qui s'accuse de plus en plus et la désolennisation de la donation est une vérité saisissante, un phénomène du droit positif contemporain » (1). M. Rouast arrive aux mêmes conclusions et pense qu'une réforme législative serait nécessaire, pour harmoniser les textes avec les faits : « En présence de cet état de choses, la législation des donations a un aspect quelque peu désuet, avec son formalisme strict, et il faudra bien la remettre quelque jour sur le chantier » (2).

SECTION II. — LE LIBÉRALISME JURISPRUDENTIEL RELATIF A L'APPLICATION DES RÈGLES SUR LES FORMES DES TESTAMENTS.

Dans un contrat bilatéral le juge doit tenir compte des intérêts en opposition ; il convient de n'en pas sacrifier un au profit de l'autre ; par suite, la recherche d'intention est limitée. Au contraire, le testament étant un acte unilatéral, il est possible au juge de se rapprocher beaucoup plus de la volonté du testateur. Or il est évident que celui-ci a entendu faire œuvre valable ; le juge devra donc s'efforcer d'amener à la vie juridique un testament conforme aux volontés du disposant, mais dont la forme est défectueuse. Il sem-

(1) JOSSERAND, *Chronique précitée* au D. H. 1933, p. 65.

(2) *Revue Trim. dr. civ.* 1931, p. 73.

ble cependant qu'à cet égard le rôle du juge soit limité car le législateur a entouré le testament de formes bien déterminées. En nous tenant au droit commun, trois cadres sont livrés au choix du testateur : le testament olographe, le testament authentique et le testament mystique et chacun de ces cadres est soigneusement réglementé (art. 967 et suiv. du C. civ.). Il résulte de ces dispositions que le testament est un acte solennel, mais cette solennité reste bien fictive devant la jurisprudence libérale qui s'est développée sur les formes testamentaires.

Quant au contenu du testament d'abord, on rencontre de la part de la part des tribunaux une tendance à valider civilement certains legs, malgré les expressions employées, il faut tenir compte, en effet, du fait que le testateur écrit souvent ses dernières volontés au moment où il sent sa fin prochaine et qu'il n'a ni le temps, ni la pensée de peser exactement les mots dont il se sert. D'autre part il convient de ne pas éveiller les susceptibilités par des formules catégoriques. Pour baser leurs solutions, les juges examinent les circonstances de la cause et les considérations morales qui ont pu guider le testateur. C'est ainsi que la disposition suivante a été considérée, non comme un vœu, mais comme un legs : « je demande en grâce à ma mère et à ma sœur, qui possèdent suffisamment de fortune pour elles seules, de ne pas laisser dans la misère ma fille naturelle et la mère de celle-ci » (1).

(1) Besançon, 31 mars 1909, D. 1912.2.451. — De même : Req., 2 août 1880, D. 1880.1.451.

Quant aux formes du testament lui-même, on sait que le Code civil a prohibé le testament nuncupatif. Cependant certaines décisions ont admis que les dernières volontés émises verbalement entraînent une obligation naturelle à la charge des héritiers. En ce sens un arrêt de la Chambre civile en date du 19 décembre 1860 a jugé que l'exécution d'un legs verbal constitue de la part de l'héritier ou du légataire universel, non une donation, mais une exécution d'obligation naturelle (1) et la Chambre des Requêtes a décidé qu'un legs verbal pouvait servir de cadre à une obligation civile (2).

Si on se réfère maintenant aux formes testamentaires réglées par le Code, on remarque que les art. 971 à 975 réglementent minutieusement les formalités nécessaires à la confection du testament authentique. Une des mentions essentielles à ce testament consiste dans la signature du testateur, ou, si celui-ci ne peut signer, dans la déclaration expresse de la cause de cette impuissance. Or le tribunal civil de Melun vient de faire le 23 octobre 1931 une application intéressante à ce sujet. Un testateur avait déclaré pouvoir signer mais, après la lecture du testament, on constata que le disposant avait perdu connaissance et était dès lors dans l'impossibilité de signer l'acte. Rompant avec la jurisprudence antérieure (3), le tribunal a validé néanmoins le testament parce qu'il ressortait

(1) D. 1861.1.17.

(2) Req., 20 nov. 1876, D. 1878.1.376.

(3) Poitiers, 30 déc. 1872, D. 73.2.123 ; Paris, 25 fév. 1920, *Gaz. Pal.* 1920.2.505.

des circonstances de la cause que l'acte représentait bien la volonté du disposant... (1).

Le testament mystique reste actuellement la forme la moins usitée, à cause sans doute des nombreuses conditions dont le Code civil l'a entouré dans ses articles 976 et suiv. Cependant cette modalité testamentaire unit à l'avantage de laisser secrètes les volontés du disposant celui de permettre la conservation de l'acte. C'est pourquoi, conformément aux vœux de la doctrine et de la jurisprudence, M. le Député Proust a déposé à la Chambre en 1922 une proposition de loi tendant à adoucir les formes complexes du testament mystique (2).

Mais c'est surtout à l'égard du testament olographe qu'une jurisprudence abondante et libérale s'est développée. Cela s'explique par le fait que le testament olographe constitue la forme préférée par les testateurs et, qu'étant souvent l'œuvre d'individus peu initiés aux préceptes juridiques, il s'y glisse de multiples inexactitudes. Les juges, interprètes de la volonté de l'auteur de l'acte, se sont efforcés de concilier les testaments incorrects avec les termes de l'art. 970 du Code civil : « Le testament olographe ne sera point valable, s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur ; il n'est assujetti à aucune autre forme. » Voyons comment la jurisprudence a entendu

(1) *Gaz. Pal.* 1932.1.101.

(2) Cette proposition a été adoptée par la Chambre, puis par le Sénat avec quelques modifications. Depuis lors elle est restée en suspens. On en trouvera un commentaire dans la thèse de M. ROUSSEAU, *Testament olographe et testament mystique. Leurs conditions d'existence et de validité*, Bordeaux, 1928.

la réalisation des trois conditions de formes imposées par ce texte au testament olographe : la rédaction de l'acte par le testateur, l'indication de la date de confection du testament, et la signature de son auteur (1).

§ 1^{er}. — *La rédaction générale du testament olographe*

Il y a lieu ici d'examiner ce qu'ont décidé les tribunaux au sujet de l'assistance d'un tiers à la rédaction du testament, au sujet des renvois, ratures, surcharges qui alourdissent le texte, et au sujet des procédés d'écriture ainsi que de la présentation matérielle de l'acte.

C'est au testateur lui, même, avons-nous dit, qu'il appartient de rédiger le testament. Toutefois, si le disposant est aveugle, il est possible de lui guider la main, lui faire prendre de l'encre, l'avertir quand il arrive à la fin d'une ligne (2).

(1) On trouvera l'étude de cette jurisprudence principalement dans les ouvrages suivants : AUBRY et RAU, *Cours de Droit civil français*, t. X, pp. 612 et s. — BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, 3^e éd., t. XI, n^o 1881 et s. — PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, t. V, pp. 548 et s. — PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire*, t. III, n^o 2688 et s. — COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. III, 7^e éd., pp. 916 et s. — JOSSE-RAND, *Cours, op. cit.*, t. III, 1933, pp. 729 et s. — JOSSE-RAND, *La désolennisation du testament*, Chronique D. H. 1932, p. 73. — ROUSSEAU, *thèse précitée*. — BOISTARD, *Inconvénients du testament olographe. Atténuations apportées par la jurisprudence*, thèse, Poitiers, 1927. — Cf. aussi les commentaires de M. SAVATIER sur la jurisprudence française relative aux libéralités, dans la *Revue Tri. de dr. civ.*

(2) Nancy, 11 mars 1845, sous Req., 28 juin 1847, D. 1847.1.341.

Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 16 janvier 1923 a fourni le critère permettant de distinguer au sujet de l'assistance d'un tiers entre la participation permise et la participation défendue : « ...attendu qu'une main étrangère a collaboré à l'acte, se substituant à celle du testateur et apportant une collaboration prépondérante qui a dépassé l'aide matérielle qu'il est permis de prêter au testateur dans certains cas exceptionnels » (1). Cette explication justifie les solutions antérieures. Un testateur s'était référé dans son testament à un acte authentique établissant en détail la consistance de ses biens et les divisant en deux lots. La Chambre des Requêtes décida que le fait pour le testateur d'indiquer seulement la dévolution de ces deux lots rentrait dans une assistance intellectuelle permise (2). Par contre a été annulé le testament fait par un individu ne sachant ni lire, ni écrire et qui s'était borné à recopier sans le comprendre un modèle qu'un tiers lui avait dressé (3).

Quant aux additions, ratures, renvois qui se peuvent rencontrer dans un testament, il faut distinguer suivant qu'ils sont l'œuvre d'un tiers avec ou sans le consentement du testateur, ou du testateur lui-même.

Si les additions sont faites par un tiers, la doctrine décide en général qu'elles doivent être annulées sauf le cas où elles ne dénaturent pas le sens primitif du testament. Il y a peu de jurisprudence sur la matière. Cependant un arrêt de la Cour de Montpellier en date

(1) D. 1924.1.46.

(2) Req., 7 avril 1847, D. 1847.1.221.

(3) Req., 20 déc. 1858, D. 1859.1.274 ; Req., 23 janv. 1934, D. H. 1934.120.

du 5 mai 1872, confirmé par la Chambre des Requêtes le 14 avril 1874, par le rejet du pourvoi qui avait été formé contre cet arrêt, a décidé que l'addition sur le testament, de quelques mots écrits par une main étrangère, n'entraînait pas la nullité de l'acte. Celui-ci doit être reconstitué dans sa teneur primitive (1).

Les surcharges ou ratures sont jusqu'à preuve du contraire réputées faites par le testateur lui-même ; elles se suffisent à elles-mêmes sans avoir besoin d'être approuvées (2). Mais la question s'est posée de savoir si ces additions ou retranchements devaient être datés et signés. Sur ce point les tribunaux hésitent. Il est toutefois possible d'indiquer leur tendance qui se résoud par une distinction : si les ratures ou surcharges sont réalisées en même temps que le corps de l'acte, elles n'ont pas besoin d'une signature ou d'une date spéciales ; si, au contraire, elles sont faites postérieurement à l'acte, elles doivent être en principe datées et signées, sans quoi il n'y a pas lieu d'en tenir compte (3). Sur ce dernier point la jurisprudence se montre libérale et admet que les additions ou ratures, même postérieures à la rédaction de l'acte, n'ont pas besoin de date et de signature quand elles ne modifient pas les dispositions testamentaires : ainsi jugé

(1) D. 1873.5.442 et D. 1875.5.423.

(2) Bordeaux, 11 janv. 1927, *Sem. Jurid.* 1927.334.

(3) Req., 16 août 1881, D. 1882.1.247 ; Nancy, 29 juin 1921, D. 1921.2.146 ; Valenciennes, 16 nov. 1928, *Sem. Jurid.* 1929.25. — La difficulté sera souvent de savoir si l'addition ou la rature est concomitante ou postérieure à la rédaction de l'acte. Il nous semble que, dans le doute, on la doive présumer concomitante. Il n'y a pas de jurisprudence sur ce point.

pour des taches et des astérisques dont était recouvert un testament, alors qu'il résultait des circonstances que les taches avaient été faites accidentellement et que les astérisques provenaient d'indications au crayon que le disposant avait repassées à l'encre (1). La Chambre des Requêtes a, de même, décidé que les interlignes n'apportant aucune modification aux dispositions du testament étaient sans intérêt et ne pouvaient, bien que non datées et signées, influencer sur la validité de l'acte (2).

Sur la question de savoir sous quelle forme doit se présenter le testament, il a été jugé que l'acte commençant par ces mots : « ceci est mon testament provisoire » ne devait pas de plein droit être considéré sans valeur. Il peut même résulter des circonstances qu'un tel acte constitue un véritable testament. Il en est ainsi notamment quand, loin de tenir l'acte pour un simple projet, le testateur l'a enfermé dans une enveloppe sur laquelle il a noté l'adresse de la légataire universelle et modifié cette mention quand la légataire a changé de domicile (3). Cette solution nous paraît équitable car un testament est toujours un acte provisoire puisque ses dispositions peuvent être modifiées jusqu'au décès du testateur.

Les tribunaux ont décidé à plusieurs reprises qu'un testament pouvait être renfermé dans une lettre missive, pourvu que celle-ci réunisse les conditions requises par l'art. 970, c'est-à-dire qu'elle soit signée et

(1) Civ., 2 mai 164, D. 1864.1.265.

(2) Req., 11 nov. 1874, D. 1875.1.310.

(3) Trib. Seine, 14 juin 1932, D. H. 1932.454 ; Cf. aussi Dijon, 24 nov. 1932, D. H. 1933.91.

datée par son auteur et en outre qu'elle renferme des dispositions de dernière volonté (1).

Le testament peut être aussi rédigé sur plusieurs feuillets distincts avec une seule date et une seule signature. Il suffit qu'il existe entre les divers feuillets un lien matériel et intellectuel qui en fasse un seul et même acte. Ce sera le cas, par exemple, si les feuilles sont renfermées dans une enveloppe, si les dispositions des dernières sont la continuation et la conclusion des volontés émises dans les premières (2). Au cas où ce lien matériel et intellectuel n'existerait pas, seule la ou les feuilles régulières en la forme doivent être prises en considération.

La Cour de Poitiers a validé le 24 janvier 1916 un testament rédigé en forme de lettre missive, sur feuillets séparées et écrit au crayon (3). C'est qu'en effet, l'art. 970 ne précisant pas, il n'est pas nécessaire de faire l'emploi d'une encre pour composer l'acte. Le testament peut être écrit avec diverses encres ou partie à l'encre, partie au crayon (4).

Il semble aussi qu'on doive admettre la possibilité de rédiger le testament dans une langue quelconque ; les aveugles peuvent employer les procédés spéciaux s'adaptant à leur infirmité (5) ; un texte sténographié

(1) Civ., 25 avr. 1925, D. 1927.1.48 ; Trib. Marseille, 15 janv. 1931, D. H. Som., p. 44.

(2) Rennes, 3 nov. 1931, D. 1932, Som. 40 ; Paris, 13 mars 1933, D. H. 1933.289.

(3) S. 1918-1919.2.108.

(4) Besançon, 6 juin 1882, D. 8183.2.60 ; Lyon, 30 déc. 1931, S. 1932.2.45.

(5) Rouen, 20 avril 1931, S. 1932.2.239.

est également valable, mais en est-il de même du texte dactylographié ? La question qui pourrait être appelée à prendre de l'importance à cause du développement actuel de ce procédé d'écriture, a été résolue différemment par la jurisprudence récente. Un jugement du Tribunal civil de Rouen a admis la validité d'un testament tapé à la machine à écrire parce qu'il était établi que cette machine avait été actionnée par le testateur lui-même (1). Une année auparavant, le tribunal de Marseille avait décidé que le procédé d'écriture importait peu et qu'en conséquence un testament dactylographié était correct alors qu'une mention exprès, à la fin du texte, indiquait que l'acte avait été fait de la main du testateur (2). Ce jugement n'a pas été confirmé par la Cour d'Aix qui a motivé la nullité pour les raisons suivantes : l'art. 970 édictant un même régime pour l'écriture, la date et la signature qui doivent être « de la main du testateur », il faudrait admettre que la signature puisse être aussi tapée à la machine, ce qui se conçoit mal ; la dactylographie peut entraîner des fraudes et seule l'écriture manuscrite, difficilement imitable, extériorise exactement la pensée du testateur ; enfin l'emploi de la dactylographie n'a été rendu possible dans certains cas qu'à la suite de lois spéciales, comme la loi du 21 février 1926 pour les actes notariés et il semble qu'une intervention législative soit aussi nécessaire pour la faire admettre en matière de testament olographe (3). L'ar-

(1) Trib. Rouen, 20 avril 1931, D. H. 1931.344.

(2) Trib. Marseille, 9 juillet 1930, D. 1930.2.166.

(3) Aix, 20 fév. 1932, D. 1932.2.47, note LALOU.

rêt de la cour d'Aix évite les difficultés sur le point de savoir si c'est le testateur lui-même qui a actionné la machinè et sa solution tend à décourager l'emploi d'un procédé qui pourrait être la cause de procès.

§ 2. — *L'indication de la date*

L'indication de la date de confection du testament est prescrite par la loi afin de connaître la capacité du testateur à l'époque où il émet ses dernières volontés et afin de choisir, entre deux testaments de date différente, le plus récent.

L'art. 970 ayant requis la mention de la date sans plus préciser, il faut se demander quelle doit être la forme de la date, sa place dans l'acte et la sanction qui doit résulter de l'absence ou de l'inexactitude de la date. Nous verrons que sur ces divers points la jurisprudence s'est montrée libérale.

Pour remplir les buts que nous avons indiqués ci-dessus, la date doit comprendre à la fois le jour, le mois et l'année de la rédaction du testament. C'est à bon droit qu'il a été jugé que l'absence de la mention du jour rend la date inexistante (1). Mais il n'y a pas lieu d'indiquer l'heure de la rédaction (2).

La jurisprudence, d'ailleurs, ne rend pas obligatoire la mention expresse du jour, du mois et de l'année et elle admet des équipollents à ces indications. C'est ainsi que constitue une date complète l'indica-

(1) Civ., 7 mars 1898, D. 1898.1.214 ; Req., 2 mars 1903, D. 1903.1.152 ; Civ., 25 avril 1925, D. 1927.1.48.

(2) Nancy, 10 mars 1888, D. 1888.2.212.

tion « fait le jour de Pâques de telle année » ou « fait le jour où je suis devenu majeur » (1).

Quant à la place de la date, il pourrait sembler qu'elle doive être inscrite au début ou à la fin de l'acte. La jurisprudence décide à cet égard, que la date peut être indiquée à une place quelconque pourvu qu'il résulte du contexte qu'elle s'applique bien à toutes les dispositions du testament. Dans ces conditions il est possible que la date soit mentionnée avant ou après la signature, en marge ou dans le corps du testament, sur l'enveloppe qui renferme le testament quand le contenant et le contenu forment un tout. Ce sont là des questions de fait rentrant dans l'appréciation souveraine des juges du fond (2).

Les questions les plus délicates qui se soient posées devant les tribunaux ont trait aux dates incomplètes et fausses.

Il a été admis de bonne heure qu'une date pouvait être complétée par les juges à condition qu'ils ne se basent, à cet effet, que sur un des éléments tirés du testament lui-même. Cette possibilité de rectifier une date incomplète ou une erreur qui s'est glissée involontairement dans l'inscription de la date, résulte du principe, admis en jurisprudence, de la divisibilité de la date. Si donc deux éléments de la date sont suffisamment indiqués, l'erreur dans le troisième ne peut faire suspecter l'exactitude des autres et ce troisième

(1) Paris, 5 avril 1851, D. 1852.2.123. — Arrêt de la Cour de Nancy du 10 mars 1888 précité.

(2) Cf. Req., 7 juillet 1869, S. 1869.1.409 ; Req., 9 janv. 1900, D. 1900.1.97 ; Besançon, 15 nov. 1921, S. 1923.2.38 ; Rennes, 3 nov. 1931, *Gaz. Pal.* 1932.1.223.

élément, rectifié par les juges, constituera avec les deux premiers une date entière et régulière. Ainsi les juges ont pu, à bon droit, remplacer un 8 par un 9 dans un testament daté : 18 juin 1810, alors que l'inexactitude était évidente (1). Spécialement, le défaut du millésime peut être suppléé par les indications précises contenues dans le testament : par exemple, l'adresse portée en tête du papier commercial, sur lequel est rédigé l'acte, ne permet pas d'hésiter entre plusieurs années (2) ; la mention de parents désignés comme vivants dans le testament et dont on connaît la date de décès (3) ; l'indication d'une créance encore impayée lorsque le testament a été rédigé et dont on connaît par ailleurs la date de remboursement (4) ; l'indication d'immeubles dont la date d'acquisition est connue... (5). Toutefois au cas où les indications du testament ne permettraient pas de trouver une année précise, il serait impossible de reconstituer la date (6).

Une date fausse entraîne la nullité du testament. Cette sanction ne faisait pas de doute au début du XIX^e siècle, mais les jurisprudences allemande et belge, contrairement à la jurisprudence française, ont fait de la date un élément indépendant par rapport à l'écriture et à la signature. Confirmant un arrêt de la Cour de Gand, la Cour de cassation belge a jugé le

(1) Req., 5 nov. 1913, D. 1914.1.233, note PICARD.

(2) Trib. Seine, 14 juin 1932, D. H. 1932.454.

(3) Trib. Seine, 14 juin 1932 *précité*.

(4) Même jugement.

(5) Trib. Marseille, 3 nov. 1932, D. H. 1933.31.

(6) Req., 22 janv. 1906, D. 1907.1.247.

26 mars 1875 que la seule fausseté de la date, résultant du fait qu'elle était antérieure à celle indiquée par le filigrane du papier timbré, ne suffisait pas pour faire annuler le testament. L'art. 970, dit cet arrêt, n'a eu pour but que d'établir des précautions suffisantes pour reconnaître la volonté du testateur ; on ne saurait prêter au législateur le désir d'ériger en nullité l'inobservation d'une règle qu'il est si facile d'éluder ; cette sanction serait le plus souvent contraire à la volonté des testateurs qui peuvent être de bonne foi (1).

Dans la jurisprudence française nous pouvons relever, en ce sens, un arrêt de la cour de Poitiers, jugeant que la fausse date n'annule pas un testament *de plano* (2). En tout cas, un point est certain : la preuve de la fausseté de la date ne peut résulter que des éléments intrinsèques du testament (3). Un arrêt de la cour de Caen a donc pu décider qu'on ne saurait se prévaloir de la date inscrite sur la lettre, accompagnant l'envoi du testament, pour prouver la fausseté de la date de ce dernier car la lettre est un document extrinsèque (4).

(1) Cour de cass. belge, 26 mars 1875, D. 1875.2.217. — Cet arrêt confirme la solution déjà indiquée par la même Cour le 2 avril 1857, D. 1857.2.142.

(2) Poitiers, 2 mars 1864, D. 1864.2.130.

(3) Req., 5 fév. 1873, D. 1873.1.435 ; Req., 12 et 13 mars 1928, *Sem. Jurid.* 1928.692.

(4) Caen, 6 juillet 1908, S. 1909.2.166.

§ 3. — *La signature du testateur*

Le testament olographe étant un acte privé, la signature de son auteur est indispensable pour lui assurer sa validité. La jurisprudence a eu à statuer sur la forme que doit présenter la signature et sur la place qu'elle doit occuper dans l'acte.

A été jugé nul pour défaut de signature un testament où il était simplement dit : « M^e Untel, notaire est chargé de ce testament, fait à..... par X..... », parce que, dans les actes habituels de sa vie civile, le disposant signait en dehors du texte, avec son premier prénom et son nom, accompagnés d'un paraphe (1). La cour de Montpellier a décidé, de même, que ne pouvait être considéré valable un testament non signé, commençant par ces mots : « Ceci est mon testament. Je soussigné G.... M... », parce que la signature doit se détacher du corps de l'acte et affirmer la volonté indiscutable du testateur (2).

La cour de Paris, au contraire, a reconnu correct un testament renfermé dans une enveloppe sur laquelle était inscrit le mot « testament » et, au dessous, les noms et prénoms du disposant, sans paraphe. Il était prouvé, en effet, que, dans certains actes authentiques, le testateur avait signé sans accompagner son nom d'un paraphe (3).

(1) Req., 23 oct. 1899, D. 1899.1.568.

(2) Montpellier, 28 mai 1931, D. 1932, Som. 32 ; cf. aussi, Trib. Yvetot, 12 mai 1926, *Sem. Jurid.* 1927.264.

(3) Paris, 17 mai 1901, D. 1902.2.266.

Comme on le voit par l'examen de ces décisions, la question de savoir si le testament est ou non signé reste une question de fait dont la solution appartient à l'appréciation souveraine des juges, d'après les circonstances de la cause. La jurisprudence manifeste à cet égard son libéralisme, en considérant comme valable une signature mal orthographiée (1) et en décidant que l'apposition du nom patronymique n'est pas indispensable. Dès 1848, a été validé un testament non signé du nom de famille du disposant mais d'un nom sous lequel celui-ci était depuis longtemps connu et qu'il avait l'habitude de prendre dans les actes juridiques (2). Confirmant un jugement du tribunal de Marseille, la cour d'Aix a reconnu valable comme testament une lettre écrite par une femme à son mari, dans laquelle elle exprimait son intention de lui laisser tous ses biens, cette lettre n'étant signée que d'un simple prénom (3).

Il semblerait logique d'exiger la place de la signature à la fin de l'acte ; la jurisprudence n'en fait pas cependant une obligation. Il a été jugé notamment que la signature pouvait être apposée sur l'enveloppe renfermant le testament quand il n'y a pas de doute sur l'identité des deux écritures des feuilles et de l'enveloppe (4).

(1) Lyon, 25 juin 1879, D. 1881.2.135.

(2) Paris, 7 avril 1848, D. 1848.2.90 ; cf. aussi, Trib. Marseille, 15 janv. 1931, D. 1931, Som. 44.

(3) Aix, 15 mars 1933, *Sem. Jurid.* 1933.474.

(4) Bourges, 15 janv. 1908, S. 1908.2.136 ; Besançon, 15 nov. 1921, S. 1923.2.38.

L'examen de la jurisprudence nous prouve donc tout le libéralisme apporté par les juges dans l'appréciation des conditions requises par l'art. 970 relativement aux formes du testament olographe. Que faut-il penser de cette désolennisation ? M. Josserand remarque qu'à ce sujet la jurisprudence est contraire aux données de notre ancien Droit et qu'elle aboutit à faire du testament un acte plus simple que les actes dépourvus de formalisme tels que les actes sous signature privée. Dans ceux-ci, en effet, on exige la signature au bas de l'acte et l'art. 1326 du C. civ. semble ne reconnaître que la seule écriture manuscrite (1).

Sans doute convient-il de respecter la volonté réelle du testateur et la jurisprudence, dans ses solutions, fait l'application de cette idée, mais le Code a justement pris les mesures nécessaires pour que la volonté du disposant soit intacte et que les fraudes soient déjouées. Il ne faudrait donc pas aller trop loin dans la voie de la liberté. Les tribunaux paraissent l'avoir compris car certaines décisions, les plus récentes, freinent la tendance libérale.

Nous avons cité, au début de cette étude sur les formes du testament, un jugement du tribunal de Melun qui avait validé un testament authentique auquel il manquait la signature de la testatrice, celle-ci ayant perdu connaissance pendant la lecture que le notaire lui faisait de l'acte. Ce jugement vient d'être infirmé par la cour de Paris le 5 janvier 1934 : l'arrêt décide que le disposant doit assister d'une manière

(1) JOSSERAND, *Chronique précitée*, D. H. 1932.73.

consciente à toutes les formalités du testament et que la seule mention dans l'acte que la testatrice a perdu connaissance ne saurait équivaloir à une signature (1).

Rapprochons aussi de cette solution, l'arrêt, déjà signalé, de la cour d'Aix du 29 février 1932 qui a annulé un testament dactylographié, alors même que le testateur avait expressément mentionné qu'il était l'auteur de l'acte.

Un jugement du tribunal de la Seine vient encore d'aller plus loin et apporte même en la matière un net regain de formalisme. Deux testaments, écrits de la main du testateur, sur papier à en-tête, indiquaient bien une date complète, mais dans cette date trois chiffres du millésime étaient imprimés et seul le dernier était manuscrit. Contrairement à l'intention certaine du testateur, les juges ont annulé les deux testaments pour défaut de date, celle-ci devant être écrite en entier de la main du testateur. Ce jugement ne nous semble pas devoir faire école ; il marque néanmoins la tendance des tribunaux à freiner un libéralisme qui menaçait de devenir excessif (2).

SECTION III. — LES TEMPÉRAMENTS APPORTÉS PAR LA PRATIQUE ET LA JURISPRUDENCE AU PRINCIPE PROHIBITIF DES SUBSTITUTIONS FIDÉICOMMISSAIRES.

Une substitution fidéicommissaire est « une disposition par laquelle l'auteur d'une libéralité charge la personne gratifiée de conserver toute sa vie les biens donnés ou légués pour les transmettre en mourant à

(1) D. H. 1934.154.

(2) Cf. journal *Le Matin* du dimanche 11 mars 1934.

une seconde personne désignée par le disposant (1) ».

Nous trouvons dans cette définition les trois éléments constitutifs de la substitution fidéicommissaire: le délai retardant la seconde libéralité, la charge de conserver et de rendre les biens qui font l'objet de la substitution, l'ouverture de la substitution par la mort du grevé.

Il faut se garder de confondre cette substitution fidéicommissaire avec une autre substitution, qu'on a appelée pour la distinguer de la précédente « substitution vulgaire ». Cette dernière consiste à désigner un second légataire qui recueillera le legs à la mort du disposant si le légataire gratifié en première ligne ne le recueille pas pour une cause quelconque, en particulier s'il décède avant le testateur. Une telle disposition est autorisée par l'art. 898 du Code civil parce qu'elle ne renferme pas deux libéralités successives : la seconde libéralité est subordonnée à la caducité de la première et finalement une seule s'exécutera.

Au contraire l'art. 896 du Code civil prohibe les substitutions fidéicommissaires, motif pris de ce qu'elles entraînent une inaliénabilité prolongée, pouvant devenir une source de fraudes et de surprises. Seules sont tolérées aujourd'hui certaines dérogations en faveur des petits-enfants du testateur ou des enfants de ses frères et sœurs (art. 1048 à 1074) et les dispositions prévues par l'art. 899 dans lesquelles l'usufruit est donné à un légataire et la nue propriété à l'autre.

(1) PLANTOL et RIPERT, *Traité pratique*, t. V, p. 291.

Le principe prohibitif de l'article 896, contraire aux données de notre ancien Droit où les substitutions étaient permises dans un sens très large et même vues avec faveur, devait entraîner une réaction au cours du XIX^e siècle. Un senatus-consulte du 14 août 1806 et une loi du 17 mai 1826 apportèrent des exceptions à l'article 896, mais ces dispositions n'eurent qu'une durée éphémère.

La réaction contre la sévérité du Code fut surtout l'œuvre de la pratique et de la jurisprudence. Le temps n'est plus où la substitution apparaissait comme un mal social et un danger politique. On a tourné l'article 896 et on l'a battu en brèche. Les principaux moyens employés pour arriver à cette fin sont le fidéicommiss sans obligation, le legs de residuo et surtout le double legs conditionnel.

Dans le fidéicommiss sans obligation, le testateur n'émet qu'un simple vœu ; il prie son héritier ou son légataire de transmettre, à leur décès, ses biens à certaines personnes déterminées. Une telle disposition est valable car elle ne rentre pas dans les termes de l'article 896. Mais souvent les expressions employées par le testateur prêtent à équivoque et elles n'indiquent pas nettement s'il a voulu émettre un simple désir ou une obligation. C'est alors que va se manifester le libéralisme des tribunaux, se ralliant à un principe maintes fois formulé : quand les expressions employées par le testateur présentent quelque ambiguïté, le doute doit être résolu en faveur de la validité du testament. Le 16 mars 1875, la Chambre de Requêtes a reconnu comme n'émettant qu'un simple vœu un testament où la testatrice imposait à son légataire

universel la charge de conserver certains biens mais, quant à leur transmission, n'avait employé que le terme « je voudrais » (1). Parmi d'autres exemples que nous offrent les solutions jurisprudentielles à cet égard, citons encore celui-ci : le testament ainsi formulé « au point de vue de la conscience, je demande, et au besoin, j'impose à ma légataire d'agir comme suit... » a été jugé ne renfermant qu'un simple fidéicommiss sans obligation (2).

Le « legs de residuo » n'entraîne pour le premier bénéficiaire aucune obligation de conserver ; il est simplement chargé de transmettre à son décès ce qui restera des biens qu'il a reçus de la succession du testateur. Une disposition semblable ne tombe donc pas sous le coup de l'article 896 et elle doit être validée (3). Mais ici encore, la jurisprudence va se montrer libérale. D'abord elle interprète comme ne renfermant qu'un legs de residuo des dispositions dont les termes n'indiquent pas nettement les intentions du testateur. Un testament conçu en ces termes « à la mort de mon frère, tout ce qu'il aura hérité de moi, déduction faite des sommes ci-dessus énoncées, devra être partagé très également entre les personnes ci-après désignées », ne renferme qu'un simple legs de residuo parce qu'il résulte des circonstances que le testateur n'a pas entendu charger son héritier de conserver les biens (4). De même la disposition par laquelle un testateur laisse

(1) Req., 16 mars 1875, D. 1875.1.483.

(2) Req., 5 juin 1899, S. 1900.1.80.

(3) Cf. Req., 8 mai 1899, D. 1900.1.68.

(4) Req., 10 fév. 1897, D. 1897.1.519.

à sa femme la totalité de sa fortune et ajoute « à son décès, la moitié de ma fortune sera versée à... et l'autre moitié à... » ne constitue pas une substitution prohibée ; en effet, il a été reconnu que la succession se composait de valeurs mobilières et le fait que le disposant n'a imposé à sa légataire universelle aucune obligation d'emploi prouve son intention de lui laisser la libre disposition de sa fortune et, en conséquence, de ne créer qu'un legs de residuo (1).

D'autre part, les tribunaux ont admis que le testateur pouvait restreindre la faculté de disposition des biens, laissée à son héritier, sans que pour cela son testament renfermât une substitution prohibée. Ainsi l'interdiction de disposer à titre gratuit n'empêche pas le legs de rester un legs de residuo, car l'héritier conserve la faculté de vendre ou d'hypothéquer, ce qui constitue un pouvoir de disposition suffisant (2).

Le principal échec porté à l'article 896 a été réalisé par la pratique des doubles legs conditionnels. Elle consiste « dans le fait de gratifier deux personnes sous une condition inverse : si tel événement arrive, l'une des libéralités disparaît, laissant subsister l'autre libéralité ; si, au contraire, la condition ne se réalise pas, la première libéralité continue d'exister, mais la seconde ne naît même pas » (3). Du fait de la rétroactivité de la condition, le double legs conditionnel

(1) Amiens, 27 mai 1932, D. H. 1932.437.

(2) Req., 11 fév. 1863, D. 1863.1.232, mais une trop grande restriction à la liberté de disposer ferait annuler le testament, comme renfermant une substitution prohibée. Cf. Req., 24 avril 1860, D. 1860.1.224 ; Civ., 16 fév. 1903, S. 1903.1.401.

(3) PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, t. V, p. 301.

n'entraîne la réalisation que d'une seule libéralité, alors que la substitution prohibée est constituée par deux libéralités successives. Il semble donc que la jurisprudence ait dû reconnaître la validité du double legs conditionnel, mais il n'en a pas toujours été ainsi et une évolution s'est produite sur ce point dans les décisions de nos tribunaux (1).

La condition qui assortit le double legs est tantôt suspensive, tantôt résolutoire. Une disposition en ces termes : « je donne mes biens à telle personne à condition qu'elle se marie ; si elle ne se marie pas, je les donne à telle autre », constitue un double legs sous condition suspensive. Selon que l'événement sera envisagé, le mariage, se produira ou ne se produira pas, ce sera le premier ou le second legs qui s'effectuera. Au contraire le testament ainsi rédigé : « je lègue mes biens à telle personne ; si cette personne vient à mourir sans enfants, je les lègue à telle autre » renferme à la fois un legs sous condition résolutoire pour le premier bénéficiaire et un legs sous condition suspensive pour le second.

La jurisprudence a de bonne heure réalisé cette distinction. Elle valida toujours, tout au moins la Cour de cassation, le double legs sous condition suspensive parce que la charge de conserver et de rendre en est absente (1), mais la validité du double legs sous con-

(1) Cf. notamment : TISSIER, *Legs conditionnels alternatifs et substitutions prohibées* (Rev. Trim. dr. civ. 1903, p. 743). — RODIER, *Le double legs conditionnel et la jurisprudence*, thèse, Paris, 1907.

(2) Cf. Req., 8 avril 1872, S. 1872.1.172 ; Req., 20 déc. 1892, S. 1894.1.501.

dition résolutoire et suspensive ne fut pas tout d'abord reconnue.

Après une première période où la nullité de ce double legs n'est pas contestée (1), un testateur avisé fit dans son testament une analyse subtile de sa volonté : « je lègue mes biens à telle personne, disait-il ; au cas où celle-ci mourrait sans enfants, je veux qu'elle soit réputée n'avoir recueilli ces biens qu'en usufruit et alors ces biens seront à telle autre personne » (2). Cette disposition fut admise par la Cour d'Angers et ensuite par la Cour de cassation parce que l'article 898 autorise expressément les dispositions en usufruit (3).

Ces arrêts furent le signal d'un brusque revirement dans la jurisprudence et une décision de la Chambre des Requêtes du 8 février 1896 alla même jusqu'à dire « ...que le testateur en disposant de la sorte a usé de la faculté que lui laisse la loi d'assortir son legs de conditions suspensives et résolutoires » (4).

Sans aller jusqu'à ce libéralisme extrême, plusieurs arrêts de la Cour de cassation ont reconnu en 1873 la validité des doubles legs conditionnels sous condition résolutoire et suspensive, en faisant la distinction opérée par le testateur de 1855 : si la condition envisagée se réalise, disent en substance ces arrêts, le premier légataire est institué en toute propriété, mais, si la

(1) Cf. Civ., 21 juin 1841, S. 1841.1.603 ; Cass. civ., 8 fév. 1854, S. 1854.1.694.

(2) Cet exemple caractérise ce que M. JOSSERAND appelle le « verbalisme », c'est-à-dire l'emploi de certaines expressions déterminées pour faire échec à une règle légale.

(3) Req., 30 avril 1855, D. 1855.1.207, arrêt LÈZÈ.

(4) Req., 8 fév. 1869, S. 1869.1.355.

condition est défalilante, ce légataire est censé n'avoir reçu que l'usufruit des biens (1).

Malheureusement l'année 1873 n'a pas marqué une étape définitive dans l'évolution jurisprudentielle et postérieurement à cette époque, on rencontre des décisions contradictoires. Toutefois, il nous est possible d'affirmer que, après ces flottements, la jurisprudence des dernières années a toujours penché vers la validité du double legs conditionnel (2).

(1) Civ., 19 mars et 28 juin 1873 ; Req., 29 juillet 1873, S. 1874.1.5, note LABBÉ.

(2) Req., 10 janv. 1922, D. 1922.1.104 ; Req., 7 fév. 1923, D. 1923.1.239 ; Req., 24 mai 1927, D. H. 1927.402 ; Trib. Draguignan, 21 oct. 1932, D. H. 1933.14.

Afin de voir dans un cas concret comment les juges interprètent un testament renfermant un double legs, analysons l'arrêt-type de la Ch. des Req. du 14 nov. 1933, D. H. 1934.22 :

Le testament était ainsi libellé :

« J'institue mon neveu Roger de Constans Bonneval pour mon légataire universel sous la condition qu'il laissera des enfants légitimes. Dans le cas où cette condition ne serait pas remplie, mon neveu Emmanuel Brusley et ma filleule Rose-Marie Brusley seraient mes légataires universels. »

La Cour de Toulouse valida cette disposition le 23 novembre 1928 et le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par la Ch. des Req. dans les termes suivants :

« Attendu que l'arrêt attaqué déclare que cette disposition ne crée point d'ordre successif faisant passer la propriété des biens légués, de Constans Bonneval aux consorts Brusley, mais constitue au contraire une seule transmission, sans grevé ni substitué, simplement assortie de la condition que le bénéficiaire du legs laissera une postérité légitime et qu'il s'agit là, non d'une substitution prohibée, mais d'un legs alternatif dont le bénéficiaire, qui

Ce libéralisme s'explique par des raisons historiques, économiques et juridiques. Les rares coutumes de notre ancien Droit qui prohibaient les substitutions fidéicommissaires (Montargis, Sedan, Auvergne) permettaient de léguer sous condition. D'autre part, au point de vue économique, le double legs conditionnel ne présente pas les dangers de la substitution. Celle-ci, en effet, est surtout grave si elle est graduelle, c'est-à-dire si elle comporte des fidéicommis à plusieurs degrés ; or le double legs conditionnel n'existe toujours qu'à un seul degré, le testateur laissant à l'événement conditionnel le choix irrévocable de son héritier. En outre, dans la substitution, le grevé devant obligatoirement restituer les biens qu'il reçoit, ne se préoccupe pas de leur entretien et de leur amélioration. L'essentiel est pour lui d'en tirer tout le profit possible. Dans le double legs conditionnel, au contraire, le légataire étant propriétaire éventuel a tout intérêt à faire des biens qu'il acquiert une exploitation raisonnable. La principale raison juridique, enfin, qui milite en faveur du double legs conditionnel réside en ce fait, déjà signalé, qu'il n'entraîne en réalité qu'une seule libéralité, à cause de l'effet rétroactif de la condition.

A la suite de ces divers tempéraments apportés au principe de la prohibition des substitutions, certains auteurs ont cru que l'article 896 était désormais lettre morte. M. Tissier a répondu à cette assertion en indi-

pourra changer suivant l'événement, tiendra toujours son émolument directement de la testatrice ;

Attendu que cette interprétation qui ne dénature pas les termes du testament, est souveraine... »

quant les cas où cet article peut encore jouer (1). Ainsi seront annulées les dispositions dans lesquelles la restitution des biens est prévue à une époque autre que celle de l'arrivée de la condition. De même, l'article 896 s'appliquera au cas où la charge de rendre les biens est imposée au profit de personnes futures. Sans doute cette hypothèse est déjà prévue par l'article 906 (2° al.): « Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur ». Mais la sanction de l'article 896 est plus énergique puisqu'il édicte la nullité de la disposition entière, alors que l'article 906 n'annule que la charge de transmettre.

Ainsi la pratique nous montre comment il est possible de se dérober à des règles légales ; ainsi les juges, se servant de leur pouvoir d'appréciation, valident les actes qui, au premier abord, semblent contraire aux prescriptions législatives. Le résultat de cette action de la pratique et de la jurisprudence est, à l'heure actuelle, la désolennisation de notre régime juridique des libéralités.

CHAPITRE II

LES EFFETS JURIDIQUES DU SILENCE

Le silence est très difficile à définir juridiquement. Il est possible d'en donner une notion, ainsi que le fait M. Demogue, en le distinguant de la volonté expresse et de la volonté tacite. « Il y a silence au sens

(1) TISSIER, *article précité*.

juridique lorsqu'une personne, au cours de cette activité permanente qu'est la vie, n'a manifesté sa volonté par rapport à un acte juridique, ni par une action spéciale à cet effet (volonté expresse), ni par une action d'où on puisse déduire sa volonté (volonté tacite) (1).

Reconnaître au silence la possibilité d'entraîner certains effets juridiques, c'est supprimer tout formalisme et même toute forme, ce mot étant entendu dans le sens de la manifestation extérieure d'un acte de volonté.

Or le législateur a parfois reconnu au silence un tel pouvoir. On a cité à cet égard l'article 1738 du Code civil sur la tacite reconduction et l'article 1985 (al. 2) du même Code sur l'acceptation du mandat par le mandataire. Certains auteurs ne sont pas d'avis que ces dispositions reconnaissent au silence le pouvoir qu'on lui prête. Le mandataire qui exécute le mandat, sans rien dire, manifeste tacitement sa volonté d'accepter la charge à lui confiée ; cette volonté ressort plutôt du fait de l'exécution du mandat que du silence observé par le mandataire. Quant à la tacite reconduction, elle nous offre aussi un cas de manifestation de volonté tacite : ce n'est pas par son silence mais bien par le fait de continuer d'habiter la maison louée que le preneur manifeste sa volonté de proroger le contrat ; de même c'est du fait de laisser le locataire jouir de l'immeuble qu'il est possible de déduire l'intention du bailleur de continuer le bail. Dans le Code de procédure

(1) DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, 1923, n° 185.

civile, certains textes paraissent aussi accorder au silence un effet juridique (1)...

Le nœud central de la question réside dans le point de savoir si, en dehors des cas qui sont ou pourraient être prévus par la loi, le silence emporte manifestation de volonté. Non, en principe, répond la doctrine, mais les divergences apparaissent entre les auteurs quand il s'agit d'apporter des limitations au principe. Certains d'entre eux ne sont pas opposés à ce qu'il soit largement tenu compte de la volonté non manifestée. MM. Demolombe et Demogue, par exemple, admettent que le silence vaut acceptation d'une offre toutes les fois que des relations d'affaires existaient antérieurement entre les intéressés et toutes les fois que le destinataire ne peut retirer que des avantages de l'offre à lui faite (2). Ce n'est pas l'opinion d'autres jurisconsultes : si, selon ces derniers, les relations d'affaires antérieures, agrémentées de certaines circonstances, permettent de considérer parfois le silence d'un individu comme une acceptation à une offre à lui faite, il n'en saurait être de même au cas où une personne sans relations avec le pollicitant garde le silence sur une offre avantageuse que celui-ci lui a faite. « Avec un système aussi flou, dit M. Bonnecase, la sécurité pécuniaire ou même morale de chacun serait singulièrement compromise » (3).

(1) Cf. art. 194, 252, 330... C. pr. civ.

(2) DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, n° 58. — DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. I, n°s 185 et s.

(3) BONNECASE, *op. cit.*, t. II, n° 397. — Cf. aussi CHABAS, *De la déclaration de volonté*, thèse, Paris, 1931. — BARRAULT, *Essai*

Quoiqu'il en soit de ces opinions doctrinales, voyons comment, en fait, la jurisprudence a résolu la question : le silence vaut-il manifestation de volonté ?

Le principe a été donné par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation le 25 mai 1870 dans lequel on lit l'attendu suivant : « attendu en droit que le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée » (1). Il s'agissait, en l'espèce, d'une lettre restée sans réponse, envoyée par un banquier à un de ses clients pour l'informer de l'inscription de son nom sur une liste de souscripteurs d'actions et, par suite, du débit à son compte du montant du premier versement à effectuer. La cour de Paris avait jugé que le silence du destinataire de la lettre valait acceptation mais son arrêt fut cassé. En principe donc le silence ne vaut pas consentement (2).

Mais l'arrêt du 25 mai 1870 pose lui-même les limites de ce principe : « ...en l'absence de toute autre circonstance »... Les faits qui accompagnent le silence peuvent donc faire produire à celui-ci des effets de Droit. Tantôt le silence vaudra renonciation ou refus, tantôt il vaudra acceptation.

sur le rôle du silence créateur d'obligations, thèse, Dijon, 1912, pp. 106 et s.

(1) Cass. civ., 25 mai 1870, D. 1870.1.257.

(2) La question se présente le plus souvent en pratique sous la forme d'offres adressées par des commerçants à certains patrieuliers (envoi d'échantillons). Le silence gardé par le destinataire ne vaut pas de sa part acceptation. Cf. Douai, 10 mars 1874, D. 1874.2.153 ; Toulouse, 11 juin 1881, D. 1882.2.206.

Le 6 avril 1838 la cour de Poitiers a dû solutionner le cas suivant : un individu avait été témoin instrumentaire à un contrat de mariage renfermant une cession d'immeuble ; or cet immeuble avait été antérieurement vendu au témoin et la question se posait de savoir si le silence gardé par le témoin au moment de la rédaction du contrat de mariage valait renonciation à cette vente. La cour de Poitiers a répondu par la négative parce que l'identité de l'immeuble n'était pas suffisamment précisée dans le contrat de mariage, de telle sorte qu'un doute pouvait naître sur cette identité (1). Il semble donc ressortir de cette décision qu'au cas où l'identité du bien aurait été soigneusement indiquée dans le contrat de mariage, le silence du témoin aurait valu renonciation de sa part à la vente antérieurement faite à lui de ce bien.

D'une manière plus positive la cour de Paris a interprété comme un refus le silence gardé par les administrateurs d'une société à la suite d'une lettre reçue par eux d'un individu demandant à devenir actionnaire de cette société (2).

Les tribunaux se sont souvent basés sur les relations d'affaires antérieures entre des individus pour décider, dans certains cas, que le silence gardé par l'un d'eux valait acceptation à une demande de l'autre. Ces hypothèses se présentent surtout entre commerçants. Une vente a été passée entre un voyageur de commerce et un commerçant sous réserve de la confirmation de l'établissement pour lequel le voyageur travaille. Cet

(1) Poitiers, 6 avril 1838, S. 1838.2.385.

(2) Paris, 10 août 1850, D. 1852.2.197.

établissement envoie une lettre confirmative à l'acheteur en indiquant un prix de vente supérieur à celui stipulé par le voyageur, auteur d'une erreur matérielle : le silence gardé par l'acheteur après la réception de la lettre vaut de sa part acceptation des nouvelles conditions du contrat (1).

Dans un autre cas il a été jugé que le silence gardé par un vendeur à la suite d'une lettre d'un acheteur, demandant une prolongation du délai de garantie pour une machine dont il ne peut se servir actuellement, valait acceptation de cette demande (2).

Citons encore l'exemple d'un contrat conclu par téléphone. L'acheteur envoie au vendeur une lettre pour lui donner confirmation de la convention. Le silence du vendeur vaut de sa part acceptation des conditions incluses dans la lettre (3).

Pour ne pas quitter le Droit commercial, indiquons l'usage courant en jurisprudence de considérer comme équivalant à une acceptation le silence gardé par l'acheteur sur les clauses mentionnées dans les factures reçues par lui. Il est souvent stipulé dans ces factures que le prix sera payable « par traite », « à la fin du mois », « au domicile du vendeur ». Si l'acheteur ne proteste pas au reçu de la facture, il est censé accepter les conditions prévues par elle (4). Toutefois si le contrat intervenu entre le vendeur et l'acheteur indi-

(1) Rouen, 19 mars 1902, D. 1903.2.109.

(2) Req., 7 mars 1905, S. 1905.1.407.

(3) Req., 14 mai 1912, D. 1913.1.281 ; Req., 22 mars 1920, S. 1920.1.208.

(4) Cf. Cass. civ., 11 juillet 1923, S. 1924.1.117 ; Civ., 15 juillet 1926, S. 1926.1.262.

quait expressément un lieu de paiement, le vendeur ne pourrait modifier cette convention par l'envoi d'une facture renfermant une clause contraire (1).

Il est aussi de jurisprudence constante que l'officier ministériel, à qui sont transmises les pièces du dossier rentrant dans son ministère, est réputé accepter le mandat de suivre l'affaire du seul fait qu'il a reçu les pièces sans manifester une volonté contraire (2).

Ces quelques exemples montrent comment la jurisprudence faisant abstraction de tout formalisme peut interpréter le silence d'un individu pour en déduire soit une renonciation ou un refus, soit une acceptation.

Nous pourrions encore étudier, mais cela sortirait du cadre de ce travail, le rôle délictuel et quasi-délictuel du silence. L'art. 346 du Code pénal prévoit des peines pour certains individus qui omettent de déclarer une naissance. D'après l'art. 1645 du Code civil le vendeur qui tait les vices de la chose engage sa responsabilité (3). Mentionnons enfin une opinion récente d'après laquelle le fait de garder le silence pourrait entraîner parfois un abus de Droit (4).

(1) Civ., 17 juin 1903, D. 1905.1.345, note VALÈRY.

(2) Cf. Req., 18 fév. 1851, S. 1851.1.353 ; Cass. civ., 20 nov. 1888, S. 1889.1.9.

(3) Sur la réticence de l'assuré dans un contrat d'assurance, cf. Req., 1^{er} déc. 1869, D. 1870.1.200 ; Req., 19 juin 1900, D. 1901.1.356 et les art. 21 et 22 de la loi du 13 juillet 1930.

(4) Cf. POPESCO-RAMNICÈANO, *Le silence créateur d'obligations et l'abus du Droit* (Rev. Trim. dr. civ. 1930, p. 999).

TITRE II

Les limites de l'œuvre désolennisatrice du Droit coutumier

La sécurité constitue, selon le mot de M. Demogue, le « moteur central » de l'activité juridique et sociale. Elle est nécessaire dans l'ordre économique et on a assez répété ces temps derniers que la crise que nous subissons actuellement était une crise de confiance. Elle est aussi indispensable pour la réalisation des relations juridiques (1). La sécurité est à la fois statique et dynamique. Le titulaire d'un droit cherchera à donner à ce droit toute la sûreté possible et celui qui désire acquérir un droit entourera cette acquisition de toutes les garanties désirables. Or la sécurité est un sentiment et, comme tel, elle subit des variations parallèles à l'évolution des circonstances politiques, économiques et sociales et il n'est pas douteux qu'aux périodes trou-

(1) Cf. IHERING, *L'évolution du Droit*, traduit de la 3^e éd. allemande par G. DE MEULENAERE, 1901, p. 254. — DEMOGUE, *Notions fondamentales du Droit privé*, 1911, pp. 63 et s.

blées, comme celle que nous traversons, et que, plus généralement, aux époques où les relations se compliquent, les particuliers n'agissent qu'avec un minimum de précautions.

Ce besoin de sécurité va se manifester en pratique par une renaissance de formalisme. On pourrait relever de nombreux exemples de cette manifestation : pour éviter l'intrusion étrangère, les statuts des sociétés restreignent la transmissibilité conventionnelle des actions : une action ne sera cessible qu'après avoir donné avis à l'administration de la société, ou bien les anciens actionnaires ont un droit de préemption pour l'acquisition des titres dont certains veulent se démunir. C'est aussi au besoin de sécurité qu'il faut rattacher le nombre accru dans les contrats de mariage des clauses de dotalité ou d'inaliénabilité temporaire de certains biens.

Nous nous attacherons simplement ici aux pratiques intéressant plus particulièrement le formalisme : après avoir indiqué que les avantages de la publicité pour la consolidation des droits ont incité les individus à requérir une certaine publication au sujet d'actes dont la loi ne prescrit pas la publicité, nous verrons l'extension donnée en pratique à la formalité du « bon pour » prévue par l'art. 1326 du Code civil ; nous dirons enfin pourquoi le rôle du notaire s'étend à des cas où son ministère n'est pas légalement ordonné.

Nous avons déjà rencontré la pratique antérieure à la loi du 17 mars 1909 selon laquelle, dans certaines grandes villes, il était d'usage de publier les cessions de fonds de commerce.

Les mentions en marge des formalités hypothécaires tendent aussi à prendre une large extension. Elles consistent en « une analyse succincte d'une convention en marge d'une inscription ou d'une transcription dans le but de prévenir les tiers des modifications apportées à ces formalités par ladite convention (1) ».

Parfois de telles mentions sont requises par la loi (art. 958, 2152, 2157 C. civ., art. 4 et 9 de la loi du 23 mars 1855...) ; parfois elles sont l'œuvre de la pratique. Les conservateurs des hypothèques acceptent quelquefois d'opérer ces mentions. Celles-ci sont d'ailleurs rares en matière de transcription car le plus souvent elles sont demandées pour des actes dont la loi requiert la publicité complète, mais il en est qui sont utiles et d'usage courant en marge des inscriptions hypothécaires. Tel est le cas pour les transports, délégations et nantissements de créances garanties par des privilèges ou hypothèques, pour les quittances subrogatives de ces créances et pour les prorogations de délai.

L'art. 1326 (1^{er} alin.) du Code civil dispose : « Le billet ou la promesse sous seing privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit ; ou du moins il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un bon ou approuvé, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose. »

Il résulte de ce texte que la formalité du « bon pour » ou « approuvé » n'est exigée qu'au cas où un

(1) MASOUNABE-PUYANNE, *Les mentions en marge des formalités hypothécaires* (Sem. Jur. 1932, p. 909).

engagement unilatéral, par acte sous seing privé, non écrit en entier de la main du débiteur, porte sur une somme d'argent ou une chose appréciable. Mais en pratique il est d'usage d'accomplir cette formalité dans d'autres hypothèses. C'est un exemple de « loi imaginaire », ainsi que le dit M. Lalou, et qui crée dans notre Droit un formalisme que la loi n'avait pas prévu (1).

Le « bon pour » est requis en pratique pour des actes constatant bien des engagements unilatéraux mais portant sur des sommes d'argent indéterminées ou sur des quantités inappréciables au moment de la confection de l'acte ; on l'exige aussi pour des actes qui ne visent ni des sommes d'argent ni des choses appréciables.

Si, par exemple, un individu garantit le paiement des pertes d'une société, alors que le montant de ces pertes est indéterminé ; s'il s'engage à payer le solde d'un compte-courant qui n'est pas encore fixé, il devra faire une évaluation approximative de sa dette et l'indiquer à la suite du « bon pour ».

D'après les termes de l'art. 1326, il semble que l'indétermination de la créance rende la formalité matériellement inapplicable. Les hommes d'affaires et les particuliers n'en imposent pas moins le respect de la formalité. Et ce qui est plus grave, la Cour de cassation approuve cette pratique. Si les obligations

(1) Cf. BINET, *A propos de la formalité du bon pour* (Rev. Trim. Dr. civ. 1918, p. 41). — LALOU, *Les lois imaginaires*, 2^e éd., 1923, p. 35. — LALOU, *La solennisation des actes sous seing privé ou des exigences abusives du « bon pour »* (Chronique, D. H. 1933, p. 33).

futures ou actuellement indéterminées, dit-elle, étaient exceptées de l'application de l'art. 1326, « les engagements les plus menaçants pour la fortune du débiteur seraient soustraits aux garanties que la sagesse du législateur a instituées pour prévenir l'effet des erreurs ou des surprises auxquelles les débiteurs pourraient être exposés » (1). Il nous faut bien reconnaître qu'en fait ce sont les créances indéterminées qui sont les plus graves, mais, du point de vue des textes, cette pratique est inacceptable.

Plus curieux encore est le fait de voir en pratique, sur les actes donnant pouvoir ou autorisation et sur les quittances, un « bon pour pouvoir », « bon pour autorisation », « bon pour quittance ».

Cependant le mandant qui donne procuration au mandataire pour accomplir certains actes ne s'engage pas pécuniairement envers lui, puisque le mandat est en principe gratuit. Si le mandant doit rembourser au mandataire les frais auxquels celui-ci a dû faire face dans l'exécution du mandat, cette obligation ne dérive pas de la procuration mais des actes passés par le mandataire avec des tiers. La procuration ne répondant pas aux conditions d'application de l'art. 1326 ne devrait donc pas être soumise à la formalité du « bon pour ». Si on suppose maintenant que le mandant s'engage à payer au mandataire un salaire en rémunération de ses services, nous nous trouvons alors en présence d'un contrat synallagmatique, pour lequel l'art. 1326 n'a pas statué.

(1) Cf. Req., 16 fév. 1892.1.248. — Certaines Cours d'appel, cependant admettent l'opinion contraire : Douai, 27 janv. 1903, D. 1903.2.234.

Quant aux quittances, leur rôle n'est pas d'engager mais de libérer. Le « bon pour » ne devrait donc pas s'y rencontrer, d'autant plus que les quittances sont les actes sous signature privée les plus dénués de formes puisqu'elles font foi de leur date par elles-mêmes.

Nous pourrions en dire autant des actes portant autorisation. D'après la règle « quid auctor est non se obligat », en effet, celui qui donne l'autorisation ne s'engage pas. Sans doute, sous le régime de communauté, le mari qui autorise sa femme s'engage aussi lui-même, mais à quoi sert même dans ce cas, le « bon pour autorisation », qui ne mentionne aucun chiffre?

Cette dernière remarque s'applique d'ailleurs à tous les cas que nous avons envisagés. Les « bon pour pouvoir », « bon pour quittance », « bon pour autorisation » n'indiquent jamais un chiffre, seule mention requise par l'art. 1326.

D'ailleurs la jurisprudence ne semble pas d'ailleurs devoir suivre ici la pratique. Un jugement du tribunal de commerce de la Seine en date du 6 mai 1930 est significatif à cet égard. Il s'agissait, en l'espèce, d'un mandat donné par un actionnaire aux administrateurs de la société pour le représenter à une assemblée générale. Cet actionnaire demanda ensuite la révocation du mandat en se basant sur divers motifs et particulièrement sur ce fait que l'acte donnant mandat ne portait pas la mention « bon pour mandat ». Il fut débouté de sa demande dans les termes suivants : « Attendu que s'il est vrai que les banques, les sociétés, voire même les notaires, ont pris l'habitude d'assujettir les pouvoirs à la formalité du « bon pour » simplement pour donner mandat de repré-

senter à une assemblée d'actionnaires, c'est-à-dire même quand ces pouvoirs ne contiennent aucun engagement de somme, il convient d'observer que cette pratique n'est basée sur aucun texte de loi et ne saurait, par suite, être nécessaire pour rendre un pouvoir valable » (1).

Ce jugement reconnaît donc la pratique extensive de la formalité du « bon pour ». Il convient d'ajouter à celle-ci la pratique du « lu et approuvé » qu'on rencontre fréquemment dans les polices d'assurances et dans les baux sous signatures privées ; ces mots précèdent la signature de l'assuré ou du locataire. Les compagnies d'assurances s'imaginent ainsi supprimer des contestations ultérieures sur des clauses dont les assurés prétendraient n'avoir pas eu connaissance. Mais cette mention, dérivant sans doute d'une fausse application de l'art. 1326, n'est requise par aucun texte et ne saurait par suite entraîner des conséquences juridiques (2).

Nous avons déjà signalé le mouvement qui s'est produit en doctrine en faveur du développement de l'acte authentique et les projets législatifs qui ont été émis à ce sujet. L'acte notarié a trouvé faveur auprès des particuliers et il est fréquent de voir le notaire intervenir dans la rédaction d'actes pour lesquels la loi n'a prévu aucune formalité de ce genre. Cette pratique est née des avantages que procure l'acte notarié : bonne rédaction exempte de contestations, date certaine, force exécutoire. Sans aller jusqu'à dire que

(1) *Sem. Jurid.* 1931, p. 241.

(2) LALOU, *Les lois imaginaires*, p. 35.

l'acte sous seing privé est une « pépinière de procès », nous devons constater que l'acte notarié diminue les sources de conflits. D'autre part la plupart des actes que rédigent les notaires et les plus importants doivent être conservés en minutes, ce qui supprime les dangers de perte. Enfin il ne faut pas oublier que, pour beaucoup de gens, peu familiarisés avec les préceptes juridiques, le notaire est le conseiller incessant, le négociateur de tous leurs intérêts, parfois même le dépositaire de leur fortune. Quant aux juristes et aux individus qui connaissent le droit, l'appréciation des avantages de l'acte notarié les incline vers l'emploi de cette forme. « Certains de ces avantages sont tels, écrit M. GénY, que les parties voudront quelquefois, sans y être astreintes, se les ménager spontanément » (1). C'est pourquoi l'on voit les notaires intervenir dans la rédaction des ventes, échanges, partages autres que les partages d'ascendants... actes qui seraient valables par acte privé (2).

La tendance des individus à assurer la publicité d'actes pour lequel la loi n'a pas prévu semblable formalité, l'extension du « bon pour », la création du « lu et approuvé », le développement de l'acte notarié montrent comment, en fait, le besoin de sécurité peut donner naissance à un certain formalisme.

*
* *

(1) GÈNY, *Science et technique en Droit privé positif*, t. III, p. 108.

(2) Remarquons que la renonciation de la femme à son hypothèque légale, toujours exigée en fait dans les ventes portant sur un immeuble appartenant au mari ou à la communauté, entraîne la nécessité de l'acte notarié.

La jurisprudence, par son désir de respecter la volonté réelle des individus dans les actes qu'ils émettent, a nettement manifesté sa tendance antiformaliste, mais celle-ci n'est pas non plus illimitée. L'ordre public sous ses divers aspects, moral, économique et social freine l'œuvre désolennisatrice des tribunaux. De ce fait ceux-ci sont amenés à prohiber certaines clauses, à annuler certains actes, à se montrer plus ou moins sévères pour l'observation des règles légales.

C'est par respect pour l'ordre public largement entendu que la jurisprudence a toujours interdit le contrat de société entre époux, quel que soit le régime matrimonial adopté par ces derniers. Un tel contrat serait de nature à paralyser le principe de l'immutabilité matrimoniale, à tourner la prohibition des donations irrévocables entre époux et à déroger aux droits du mari comme chef de l'union conjugale (1).

C'est parce qu'il est considéré comme contraire aux bonnes mœurs que le contrat de courtage matrimonial n'est pas reconnu par la Cour de cassation (2) et c'est pour le même motif que sont déclarées illicites certaines donations entre époux. La séparation amiable de corps et de biens est illégale ; par suite, la donation entre époux dont le but, résultant des circonstances, même extrinsèques, de la cause, est d'assurer pendant la vie des époux et après le décès du prémourant l'exécution d'une convention de cette

(1) Cf. parmi les décisions les plus récentes : Civ., 5 mai 1902, D. 1903.1.207 ; Civ., 3 juillet 1917, D. 1917.1.127 ; Req., 1^{er} fév. 1926, D. H. 1926.114.

(2) Cf. Civ., 20 avril 1904, S. 1905.1.281.

nature, doit être déclarée nulle (1). Si les donations entre concubins n'avaient aucun effet sous l'ancien Droit, le Code de 1804 ne les avait pas interdites et la jurisprudence du début du XIX^e siècle les reconnut ; mais les tribunaux ont été amenés, à ce sujet, à établir une distinction entre les donations faites en vue de former, de continuer, de reprendre ou de rémunérer les relations de concubinage et celles destinées à la rupture de ces relations ou à la réparation du préjudice causé par elles. Ces dernières sont valables mais les premières sont maintenant annulées pour cause illicite (2).

La loi du 16 novembre 1912 a rendu possible, dans certains cas, l'action en recherche de la paternité naturelle (art. 340 du C. civ.). La production d'un écrit, constatant de la part du père prétendu un aveu non équivoque de paternité, constitue un de ces cas. Les tribunaux ont eu maintes fois à juger si un écrit contenait un aveu exempt d'équivoque et, dans l'appréciation de cette qualité, pour laquelle la Cour de cassation leur a reconnu un pouvoir souverain à condition de ne point dénaturer les termes de l'acte (3), les juges du fond ont tendance à se montrer sévères. Il a été admis, par exemple, que l'aveu non équivoque ne pouvait émaner d'un mineur de dix-huit ans, alors que la mère de l'enfant était de beaucoup plus âgée

(1) Cass. civ., 2 janvier 1907, D. 1907.1.137 et S. 1911.1.385.

(2) Paris, 16 nov. 1927, D. H. 1928.57, cf. journal *Le Matin* du 11 mars 1934 ; Colmar, 18 oct. 1931, D. 1931.2.94 ; Civ., 11 avril 1932, S. 1932.1.213.

(3) Req., 17 oct. 1922, D. 1923.1.57 (3^e espèce) ; Civ., 3 déc. 1924, D. 1925.1.124 (4^e espèce) ; Civ., 18 fév. 1930, D. H. 1930.193,

que lui, bien que les relations aient coïncidé avec la période normale de la conception (1). De même des allusions à une grossesse, des conseils et des encouragements à pratiquer des manœuvres abortives ne doivent pas être nécessairement considérés comme un aveu tacite, mais non équivoque, de paternité (2).

L'ordre public dans le cadre économique a été la principale cause de l'annulation par la jurisprudence de la clause franc-or dans les contrats, pendant les périodes de cours forcé. En insérant une telle clause les créanciers veulent échapper aux inconvénients d'un étalon monétaire instable, en se réservant au jour du paiement ou du remboursement un pouvoir d'achat égal à celui qu'ils avaient en vue lors de la conclusion de l'acte. Sous les régimes de cours forcé institués par les lois du 12 août 1870 et du 5 août 1914, l'observation de la clause « payable en or » aurait été de nature à faire peser sur notre balance des comptes un élément de passif, augmentant l'effondrement du papier-monnaie. En effet, pour se procurer de l'or, les débiteurs auraient dû acheter de la monnaie étrangère convertible et, en vertu de la loi de l'offre et de la demande, ces achats auraient contribué à la chute du franc. C'est pour ce motif primordial (3) que la Cour de cas-

(1) Bourges, 28 fév. 1922, D. 1923.2.157.

(2) Paris, 17 oct. 1920, D. 1921.2.59 ; Trib. Hautes-Pyrénées, 12 déc. 1927, D. H. 1928.130 ; Toulouse, 8 juillet 1929, D. H. 1929.438.

(3) La prohibition de la clause « franc-or » répond, en effet, à des motifs plus économiques que juridiques et certains auteurs ont combattu la jurisprudence à cet égard. En ce sens : GÉNY, *La validité juridique de la clause « payable en or » dans les contrats*

sation a prohibé les clauses « payables en or » alors même qu'elles étaient nées dans des contrats antérieurs à la loi établissant le cours forcé (1). La Cour de cassation précisa d'ailleurs sa doctrine, en accord avec le but que nous avons indiqué, dans un arrêt du 7 juin 1920. L'ordre public n'est intéressé, dit cet arrêt, qu'en ce qui concerne les paiements effectués en France par des Français. Un étranger débiteur envers un Français ne peut donc réclamer en France le bénéfice du cours forcé, surtout quand l'exécution de la convention aura pour résultat de faire rentrer chez nous une somme importante de monnaie d'or. En l'espèce le bénéficiaire d'une police d'assurance sur la vie, payable en or, émise par une compagnie étrangère avant la guerre, a été autorisé à refuser le paiement de son dû en billets de banque (1).

La jurisprudence, enfin, respecte l'ordre public sous forme de la protection des intérêts des tiers. Une curieuse application de cette manifestation a été réalisée au sujet de la dotalité incluse dans les paraphernaux. La théorie de la paraphernalité incluse a été établie par la jurisprudence et est dérivée de la théorie,

entre particuliers français en temps de cours forcé (Rev. Trim. dr. civ. 1926, pp. 557 et s. et *Cours légal et cours forcé en matière de monnaie et de papier-monnaie* (Rev. Trim. 1928, p. 5. — Dans le sens de la jurisprudence, cf. NOGARO, *La clause « payable en or »* (Rev. Trim. dr. civ. 1925, p. 5).

(1) Cass. civ., 11 fév. 1873, D. 1873.1.177.

(2) Req., 7 juin 1920, D. 1920.1.137. — Cf. aussi : Trib. Seine, 9 fév. 1926, D. 1926.2.69 ; Paris, 20 juillet 1926, D. 1926.2.153 ; Cass. civ., 17 mai 1927, D. H. 1927.333 ; Civ., 2 nov. 1932, D. H. 1932.571.

également jurisprudentielle, de la dotation mobilière. Nous n'avons pas à examiner ici les cas où un bien, en général un immeuble paraphernal peut contenir une valeur mobilière dotale, mais ce qui nous intéresse, ce sont les précautions prises par la Cour de cassation pour protéger les intérêts des tiers en assujettissant à une certaine publicité l'acquisition du paraphernal renfermant une valeur dotale.

Certaines Cours d'appel reconnurent la possibilité pour des paraphernaux de contenir une valeur dotale sans que cette inclusion soit révélée aux tiers. Une dot avait été constituée à une femme, mais celle-ci n'avait rien reçu du vivant du constituant. Au décès de celui-ci, la femme recueillit à titre héréditaire certains immeubles : la Cour de Toulouse lui permit de prélever le montant de sa dot sur l'immeuble qu'elle voulut, même au détriment des créanciers auxquels elle avait conféré, pendant le mariage, une hypothèque sur cet immeuble. Cette faculté, dit la cour, résulte du droit qui appartient au créancier de diriger ses poursuites sur tel ou tel bien du débiteur plutôt que sur tel autre (1).

La Cour de cassation n'accepta pas la jurisprudence de ces Cours d'appel et, dans plusieurs arrêts, elle manifesta sa volonté de voir respecter les intérêts des tiers. Elle soumit l'acte d'acquisition du paraphernal renfermant une valeur dotale aux formalités prévues par l'art. 1434 au sujet du remploi : origine des deniers et affectation du bien à une valeur dotale, ces deux indications se trouvant mentionnées dans l'acte

(1) Toulouse, 13 mars 1890, D. 1890.2.343.

même d'acquisition. De la sorte, les tiers sauront que le paraphernal contient une valeur indisponible (1).

Toutefois un arrêt de la Chambre des Requêtes en date du 14 juin 1904 n'a pas exigé la double déclaration de l'art. 1434 et a jugé suffisant que la dotalité incluse soit révélée aux tiers même implicitement par le contrat de mariage, l'acte d'acquisition ou les documents annexes à cet acte (2).

Notre Droit coutumier moderne, représenté par la pratique des affaires et la jurisprudence, ne consacre donc pas seulement le recul du formalisme. Si cette tendance est la plus forte, nous devons reconnaître qu'un courant contraire se manifeste dans cette source de notre Droit. Mais, à ces deux courants que nous rencontrons dans notre Droit coutumier, pouvons-nous donner la même explication d'ensemble que celle que nous avons attribuée à la renaissance et à la décadence du formalisme en législation ?

Lorsque la pratique des affaires manifeste dans le domaine juridique des tendances désolennisatrices, c'est bien là un signe des temps, un produit de l'évolution. Les exemples dans lesquels nous avons trouvé de la part des tribunaux une hostilité contre le formalisme sont, de même, la résultante d'un état de civilisation déterminé. Les juges ne statuent-ils pas selon les idées de leur temps et ne recherchent-ils pas dans l'interprétation des actes la volonté des auteurs de ces actes,

(1) Req., 3 juin 1891, D. 1892.1.13 ; Civ., 26 nov. 1895 et Cass. civ., 26 nov. 1895, D. 1896.1.313 ; Civ., 1^{er} août 1900, D. 1901.1.145.

(2) Cf. Req., 14 juin 1904, D. 1905.1.185.

volonté qui traduit au premier chef les aspirations d'une époque ?

Mais, ainsi que nous l'avons déjà noté dans notre première partie, la déformalisation du Droit, conséquence de l'état de notre civilisation, s'arrête quand des intérêts impérieux l'exigent. De la satisfaction de ces intérêts peut parfois naître un certain formalisme. C'est ainsi que les particuliers, pour donner plus de force à leurs droits et pour se prémunir contre toutes les éventualités, ont accru le champ d'application de formalités pour lesquelles la loi n'avait pas prévu semblable développement. C'est pourquoi, de même, le juge ne peut pas toujours respecter la volonté de l'auteur d'un acte, la protection de l'intérêt public primant le respect des intérêts particuliers.

CONCLUSION

Le moment est venu, à la suite de ces aperçus sur l'évolution du formalisme des actes juridiques de Droit privé dans notre législation et dans notre Droit coutumier, de condenser les résultats acquis et de jeter un rapide coup d'œil sur l'avenir.

On pourrait penser, à première vue, que notre Droit actuel, correspondant à un état de civilisation avancé, soit dénué de tout formalisme. Ce serait méconnaître les bienfaits possibles de cette technique. Il y a, en effet, un formalisme nocif et un formalisme utilitaire. Le formalisme primitif ne poursuivait pas intrinsèquement un but utile. Il était né du besoin d'expression de la volonté, du culte pour les symboles. De sa pratique, découlèrent certains avantages de précision des idées, de facilité de preuve, mais ce n'étaient pas ces avantages que recherchaient principalement les anciens dans le formalisme de leur Droit.

Le formalisme symbolique et sévère des premiers siècles a disparu progressivement de nos institutions et sur ses débris se sont élevées des formes réalisant un but pratique. Si des actes formels existent aujourd-

d'hui, ce n'est pas par atavisme ou par respect de la solennité, c'est parce que ces formes sont destinées à remplir des fins utiles, à satisfaire des besoins juridiques ou économiques. « Le formalisme dans sa manière d'être moderne, écrit M. Demogue, c'est-à-dire n'étant plus un mode de matérialisation des idées comme aux époques primitives, poursuit un but de sécurité » (1).

La sécurité, voilà la cause essentielle du formalisme actuel ! A cette idée, on peut rattacher toutes les solennités que nous avons enregistrées au cours de cette étude. C'est pour protéger la sécurité des individus que le législateur a soumis la réalisation de certains actes à l'intervention d'un tiers, c'est pour développer le commerce tout en assurant la sécurité des transactions que se sont amplifiés les titres négociables et les effets de commerce ; de l'idée de sécurité, découlent encore les formalités publicitaires que nous avons analysées et qui sont destinées à protéger les droits des tiers ; c'est la sécurité qui a suscité en pratique un certain renouveau de formalisme et c'est l'ordre public, c'est-à-dire la sécurité de la collectivité, qui a freiné l'œuvre désolennisatrice de nos tribunaux.

Le formalisme qui ne poursuit pas ces buts de sécurité disparaît donc de notre Droit, soit qu'il soit contraire au développement d'institutions primordiales, soit qu'il ne corresponde plus aux mœurs du siècle.

De là, ces deux courants que nous avons découverts et dans notre législation et dans notre Droit coutumier. Que faut-il penser de la coexistence de ces deux ten-

(1) DEMOGUE, *Notions fondamentales du Droit privé*, p. 70.

dances dont l'une est solennisatrice et l'autre désolennisatrice ?

En tenant compte à la fois des avantages et des dangers du formalisme, de l'utilité que peut entraîner l'application d'un formalisme bien compris, comme des inconvénients qui résultent parfois de son intervention, il faut, croyons-nous, reconnaître avec M. Esmein que la « coexistence de l'acte consensuel et de l'acte soumis à un formalisme plus ou moins rigoureux, dotés chacun d'un domaine propre, répond mieux aux besoins complexes de notre civilisation moderne que l'empire exclusif d'un seul d'entre eux » (1).

Ce développement parallèle d'un courant solennisateur et d'un courant désolennisateur ne se fait pas toujours suivant un rythme harmonieux et nous enregistrons parfois des soubresauts dans un sens ou dans l'autre. Malgré tout, les tendances sont toujours nettement marquées. Il est donc possible, en se basant sur ces tendances, d'examiner ce que l'avenir nous réserve.

Si on envisage le recul du formalisme en législation, nous pouvons poser le principe que les institutions, dont l'intérêt public commande le développement, verront les conditions auxquelles est soumise leur réalisation s'abaisser ou disparaître. A ce point de vue, le mariage, malgré les nombreuses lois qui l'ont déjà désolennisé, n'a peut-être pas encore achevé son évolution vers une plus grande simplification.

(1) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *Traité pratique*, t. VI, n° 97.

Si l'on se tourne maintenant vers le courant formaliste de notre législation, nous remarquerons le peu d'empressement du législateur à soumettre la confection des actes à l'intervention d'un tiers. Ce moyen nous semblerait pourtant utile au cas où la disproportion de puissance entre les parties à un acte est contraire à la libre discussion de celui-ci et au cas où le groupement des individus les moins forts est matériellement impossible. Le législateur préfère user de l'acte écrit, en rendant les parties capables elles-mêmes de le rédiger, mais en les guidant dans cette rédaction. C'est aussi de cette technique qu'use le législateur quand il désire satisfaire les besoins du commerce moderne. Il semble, à cet égard, que les effets de commerce, avec les formes assouplies que nous leur avons reconnues, prendront encore de l'ampleur.

Quant à la publicité, les nombreuses discussions et les projets qu'a suscités l'état actuel de cette technique devraient acquérir bientôt une valeur positive. L'évolution du régime publicitaire, tant pour le droit des personnes que pour le droit des biens, se fera, d'une part, dans le sens de la simplification des formes et, d'autre part, dans le sens d'un développement en étendue, le nombre des actes et des faits soumis à cette formalité allant grandissant sans cesse.

Que penser maintenant de l'évolution future du formalisme dans notre Droit coutumier ? Hors les conséquences du besoin de sécurité, la pratique des affaires consacre la désolennisation du Droit ; hors le respect de l'ordre public, la jurisprudence recherche la volonté réelle de l'auteur dans l'interprétation d'un acte juridique et, par suite, se montre antiformaliste. Mais le

sentiment de la sécurité et l'ordre public sont susceptibles de varier au gré des circonstances politiques, économiques et sociales. Ce sont ces circonstances qui, à l'avenir, comme par le passé, commanderont à notre Droit coutumier les solutions qu'il appliquera au sujet du formalisme des actes juridiques.

Vu :

Vu :

Le Doyen,

Le Professeur, Président de la Thèse,

H. NEZARD.

H. LEMONNIER.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie,

Président du Conseil de l'Université

L. MAIGRON.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

- AUBRY et RAU. — *Cours de Droit civil français*, 5^e éd., 1897.
- BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN. — *Traité théorique et pratique de Droit civil*, 3^e éd.
- BONNECASE. — *Supplément au Traité théorique et pratique de Droit civil de Baudry-Lacantinerie*, 1925.
- BRISSAUD. — *Manuel d'histoire du Droit privé*, 1908.
- BUFNOIR. — *Propriété et contrat*, 1900.
- CAPITANT. — *De la cause des obligations*, 1923.
- COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de Droit civil français*.
- CUQ. — *Les institutions juridiques des Romains*, 1891.
- DANJON. — *Manuel de Droit maritime*, 2^e éd.
- DEMOGUE. — *Traité des obligations en général*, 1923.
— *Notions fondamentales de Droit privé*, 1911.
- DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*, 1854-1882.
- ESMEIN. — *Etude sur les contrats dans le très ancien Droit français*, 1883.

- GÉNY. — *Science et technique en Droit privé positif*, 1921.
— *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, 1932.
- GIRARD. — *Manuel élémentaire de Droit romain*, 1929.
- IHERING. — *L'esprit du Droit romain*, traduit sur la 3^e éd. allemande par O. de Meulenaere, 1877-1878.
— *L'évolution du Droit*, traduit sur la 3^e éd. allemande par O. de Meulenaere, 1901.
- JOSSERAND. — *Cours de Droit civil positif français*.
- LACOUR et BOUTERON. — *Précis de Droit commercial*, 3^e éd., 1925.
- LOCRE. — *Législation civile*.
- LOYSEL. — *Institutes coutumières*.
- LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de Droit commercial*, 5^e éd., 1923.
- MORIN. — *La révolte des faits contre le Code civil*, 1920.
- PERREAU (E.-H.). — *Technique de la jurisprudence en Droit privé*, 1923.
- PIC. — *Traité élémentaire de législation industrielle*, 1930.
- PLANIOU et RIPERT. — *Traité élémentaire de Droit civil*.
— *Traité pratique de Droit civil français*.
- RIPERT. — *La règle morale dans les obligations civiles*, 1925.
- RIPERT. — *Droit maritime*, 3^e éd., 1929-1930.
- SACHET. — *Traité théorique et pratique de législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, 1921.

SALEILLES. — *De la déclaration de volonté*, 1901.

TARDE. — *Les transformations du Droit*, 1893.

THALLER. — *Traité élémentaire de Droit commercial*.
7^e éd.

WAHL. — *Précis élémentaire et pratique de Droit commercial*, 1922.

THESES ET MONOGRAPHIES

ADLER. — *Des modifications susceptibles d'être apportées à la législation actuelle du chèque*, th. Paris, 1931.

BARRAULT. — *Essai sur le rôle du silence créateur d'obligations*, th. Dijon, 1912.

BAZILLE. — *Les donations par renonciation*, th. Paris, 1929.

BEAUCÉ. — *De l'unification des législations au point de vue des conflits de lois en matière de lettre de change et de billet à ordre*, th. Paris, 1932.

BLONDEL. — *Le nantissement des fonds de commerce*, th. Paris, 1911.

BOISTARD. — *Inconvénients du testament olographe. Atténuations apportées par la jurisprudence*, th. Poitiers, 1927.

BOT. — *La physionomie actuelle du mariage dans la loi de l'Eglise, dans la loi soviétique et dans le Code civil français*, th. Rennes, 1931.

BOUCHÉ. — *La publicité des conventions matrimoniales*, th. 1933.

BOUTERON. — *Le chèque*, 1924.

- CHABAS. — *De la déclaration de volonté*, th. Paris, 1931.
- CROZET. — *Introduction à l'étude de l'acte abstrait*, th. Lyon, 1930.
- DALLIGNY. — *Etude de jurisprudence sur les donations déguisées*, th. Paris, 1927.
- DASSONVILLE. — *Le contrat d'apprentissage et son régime légal*, th. Caen, 1904.
- DEBRAY. — *La clause à ordre*, th. 1892.
- DUEZ. — *De la renaissance de l'acte abstrait dans les obligations*, th. Lille, 1914.
- DUHAUT. — *De la forme, de ses caractères et de ses règles en Droit romain*, th. Nancy, 1882.
- GUÉRAÇAGUE. — *Les donations déguisées*, th. Bordeaux, 1907.
- GOURDON. — *Des cessions et licences des brevets d'invention*, th. Bordeaux, 1904.
- JOUHET. — *De la nature, des variétés et des règles de l'acte authentique en Droit privé français*, th. Bordeaux, 1930.
- LALOU. — *Les lois imaginaires*, 2^e éd., 1923.
- LAUTARD. — *Les conventions collectives de travail et la loi du 25 mars 1919*, th. Paris, 1924.
- LAURENT. — *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*, th. Caen, 1931.
- LAVILLE. — *Les formes actuelles de la publicité des Droits immobiliers en France*, th. Toulouse, 1924.
- LEBRUN. — *La coutume; ses sources, son autorité en Droit privé*, th. Caen, 1932.
- LEMBREZ. — *Des opérations juridiques à propos des brevets d'invention*, th. Lille, 1910.

- LESAGE. — *Le formalisme dans la législation romaine.* th. Paris, 1895.
- MARCHESSAUX. — *De publicité de l'état et de la capacité des personnes,* th. Marseille, 1933.
- MOENECLAY. — *De la renaissance du formalisme dans les contrats,* th. Lille, 1914.
- MUNTEANO. — *De la formation du contrat d'assurance,* th. Paris, 1932.
- OZANNE. — *Etude de la loi du 13 février 1889,* th. Caen, 1900.
- RIGAUD. — *La forme des actes notariés,* th. Rennes, 1907.
- RODIER. — *Le double legs conditionnel et la jurisprudence,* th. Paris, 1907.
- ROUSSEAU. — *Testament olographe et testament mystique. Leurs conditions d'existence et de validité,* th. Bordeaux, 1928.
- SCHMITZ. — *Des donations sans formes et spécialement des donations déguisées sous l'apparence d'un acte à titre onéreux,* th. Paris, 1897.
- TOUZET. — *Le chèque d'après la nouvelle législation,* th. Paris, 1920.
- VIDAL. — *De la publicité des droits portant sur des meubles,* th. Montpellier, 1900.
- VIFOREANU. — *Contribution à l'étude du contrat dans le projet franco-italien,* th. Paris, 1932.

ARTICLES DE REVUES ET CHRONIQUES

- BINET. — *A propos de la formalité du bon pour,*
Rev. tr. dr. civ., 1918, p. 41.

- CAPITANT. — *Le régime de la violation des contrats*,
D. H., 1934, p. 1.
- *De la simplification des conditions et formalités exigées par le Code Napoléon pour le mariage*. Rev. crit. de lég. et jurisp., 1930.
- *L'abolition de l'incapacité de la femme mariée*,
D. H., 1932, p. 97.
- CARROIS DE SATERNAUT. — *Le rapprochement des législations canonique et civile en matière de mariage*, Rev. tr. dr. civ., 1921.
- CASSIN. — *La cause des obligations d'après le livre de M. Capitant*, Rev. tr. dr. civ., 1923.
- DIKOFF. — *Les actes juridiques abstraits et le Code civil français*, Rev. tr. dr. civ., 1932.
- GRASSERIE (DE LA). — *De la volonté comme source d'un droit*, Rev. cr. lég. et jurisp., 1911.
- GÉNY. — *La validité juridique de la clause « payable en or » dans les contrats entre particuliers français en temps de cours forcé*, Rev. tr. dr. civ., 1926, p. 557.
- *Cours légal et cours forcé en matière de monnaie et de papier monnaie*, Rev. tr. dr. civ., 1928, p. 5.
- JOSSERAND. — *La désolennisation du testament*,
D. H., 1932, p. 73.
- *Libéralisme et verbalisme*, D. H., 1933, p. 65.
- *Le contrat dirigé*, D. H., 1933, p. 89.
- LALOU. — *La solennisation des actes sous seing privé ou des exigences abusives du « bon pour »*,
D. H., 1933, p. 33.
- *Le jeu du mariage et du divorce et les changements de régime matrimonial*, D. H., 1930,
p. 9.

- MASOUNABE-PUYANNE. — *Les mentions en marge des formalités hypothécaires*, Sem. jurid., 1932, p. 909.
- NOGARO. — *La clause « payable en or »*, Rev. tr. dr. civ., 1925, p. 5.
- PERRAU (E.-H.). — *Déformation des lois par les actes juridiques et des actes juridiques par la jurisprudence*, Rev. tr. dr. civ., 1921, p. 609.
- *Clauses manuscrites et clauses imprimées*, Rev. tr. dr. civ., 1927.
- POPESCO-RAMNICEANO. — *Le silence créateur d'obligations et l'abus de droit*, Rev. tr. dr. civ., 1930, p. 999.
- TISSIER. — *Legs conditionnels alternatifs et substitutions prohibées*, Rev. tr. dr. civ., 1903, p. 743.
- VOIRIN. — *Un nouvel aspect de la protection pénale des contrats : la sanction pénale du défaut d'écrit en matière d'apprentissage*, D. H., 1931, p. 29.
- *Le livre de copies de lettres des commerçants et la dactylographie*, D. H., 1932, p. 69.
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LE FORMALISME	9
§ 1 ^{er} . — <i>Evolution historique du formalisme. Inconvénients et avantages de la solennité.....</i>	11
§ 2. — <i>Manifestations modernes du formalisme</i>	22
1) <i>Le formalisme inter partes.</i>	22
2) <i>La publicité</i>	25

PREMIÈRE PARTIE

Le formalisme en législation

TITRE PREMIER. — <i>LA LOI ET LA RENAISSANCE DU FORMALISME</i>	35
CHAPITRE PREMIER. — <i>LA LOI ET LE DÉVELOPPEMENT DU FORMALISME INTER PARTES</i>	38

SECTION I. — LE DÉVELOPPEMENT DE L'ACTE AUTHENTIQUE	38
SECTION II. — LE DÉVELOPPEMENT DE LA FORME ÉCRITE, SOLENNITÉ MODERNE DES ACTES JURI- DIQUES	47
§ 1 ^{er} . — <i>La forme écrite et la réglemen- tation des contrats d'adhésion</i>	48
§ 2. — <i>Le développement de la forme écrite en Droit commercial.</i>	59
1) La création et le développe- ment du chèque	62
2) Le développement des facul- tés de crédit facilité par la création de titres formalis- tes : les warrants	69
CHAPITRE II. — LE DÉVELOPPEMENT DES FORMA- LITÉS PUBLICITAIRES	75
SECTION I. — LA PUBLICITÉ DE L'ÉTAT ET DE LA CAPACITÉ DES PERSONNES	77
SECTION II. — LA PUBLICITÉ DES BIENS	86
§ 1 ^{er} . — <i>Le développement de la publi- cité immobilière</i>	88
§ 2. — <i>Le développement de la publi- cité mobilière</i>	92
TITRE DEUXIEME. — LA DECADENCE DU FORMALISME EN LEGISLATION	101

SECTION II. — LE LIBÉRALISME JURISPRUDEN- TIEL RELATIF A L'APPLICATION DES RÈGLES SUR LES FORMES DES TESTAMENTS	157
SECTION III. — LES TEMPÉRAMENTS APPORTÉS PAR LA PRATIQUE ET LA JURISPRUDENCE AU PRINCIPE PROHIBITIF DES SUBSTITUTIONS FIDÉI- COMMISSAIRES	174
CHAPITRE II. — LES EFFETS JURIDIQUES DU SILENCE	183
TITRE DEUXIÈME. — LES LIMITES DE L'ŒU- VRE DESOLENNISATRICE DU DROIT COU- TUMIER	190
CONCLUSION	205
BIBLIOGRAPHIE	221

CHERBOURG

A. PÉRIGALT, Imprimeur-Éditeur

76 *bis*, rue Emmanuel-Liais.
